شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢م - ١٨٩م

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني

المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢ هـ

تحقيق وتعليق

فضيلة الأستاذ الدكتور قاسم أشرف نور أحمد

المجلد الثالث

بقية أبواب البيوع - الشفعة - الرهن

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

باب ما يكره من التفريق بين الرّقيقين في البيع

بني الباب على أن التفريق بين ذوي الرحم المحرَم، إذا كانا صغيرين، أو أحدهما صغيرا مكروه[1]، لما روي أن رسول اللّه صلّى الله عليه وسلّم رأى امرأةً والهة[2] في المغنم، فسأل عن شأنها، فقيل: بيع ولدها، فقال عليه السلام: «ردّوه»، وفي رواية «أدركوه»[3].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٢٨، «جامع أحكام الصغار» ٢/ ٢٩٨، «الهداية» مع «فتح القدير» ٦/ ٤٣٩.

(٢) في "اللسان": امرأة ولهى، و واله و والهة، وميلاه، شديدة الحزن على ولدها. ١٥/ ٣٩٩ مادة: وله، وقال ابن الأثير: الولَه: ذهاب العقل والتحيّر من شدة الوَجْد، وكل أنثى فارقت ولدها فهي واله. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٥/ ٢٢٧.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، (رغم أنه ذكره الكاساني في البدائع بهذا اللفظ ٥/ ٢٢٨، والاستروشني في جامع أحكام الصغار ٢/ ٢٩٨) وإنما روى البيهقي في «المعرفة» في كتاب السير، عن الحاكم بسنده عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده، أن أبا أسد جاء إلى النبي ﷺ بسبي من البحرين، فنظر عليه السلام إلى امرأة منهن تبكي، فقال: ما شأنك؟ قالت: باع ابني، فقال عليه السلام لأبي أسد: أبعتَ ابنها؟ قال: نعم، قال: فيمن؟ قال: في بني عبس، فقال عليه السلام: اركب أنت بنفسك فأت به». «نصب الراية» ٤/ ٢٤.

كما أخرج البزار في مسنده عن صخيرة: أن رسول الله ﷺ مرّ بأمّ صخيرة وهي تبكي، فقال: مايبكيك، أجائعة أنت؟ أعارية أنت؟ قالت: يارسول الله فرّق بيني وبين ابني، فقال رسول الله ﷺ: لايفرّق بين والدة وولدها، ثم أرسل إلى التي عنده، فردّها على الذي اشتراها منه ثم ابتاعهم منه» وفي سنده حسين بن عبد الله بن صخيرة، وهو متروك.

وروي أن رسول اللّه صلّى الله وسلم وهب لعليّ رضى اللّه عنه غلامَين صغيرين أخوين، فباع علي رضى اللّه عنه أحدَهما، فأخبر بذلك رسول اللّه صلّى الله عليه وسلم، فقال عليه السلام: «أدرِك أدرِك»[1].

وقال عليه السلام: «مَن فرّقَ بين والدةٍ وولدِها، فرّق اللّه بينه وبين أحبّتِه يوم القيامة»[2].

(١) أخرجُ ابن ماجة عن الحجاج عن الحكم، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي عليه السلام، قال: وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين، فبعت أحدهما، فقال: "ما فعل الغلامان؟" قلت: بعت أحدهما. قال: "رده". أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب التجارات، باب النهي عن التفريق بين السبي. الحديث ٢٢٤٩.
وأخرجه الترمذى في كتاب البيوع، باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها، الحديث رقم ١٢٨٤ وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

(٢) أخرجه الترمذى عن أبى أيوب الأنصاري، في البيوع، باب ما جاء في كراهية أن يفرق بين الأخوين، الحديث: ١٢٨٣، وفي السير الحديث: ١٥٦٦، واللفظ عنده: "فرق الله بينه وبين أخيه يوم القيامة"، وأخرج الدارقطني في البيوع، عن سليم العذري قال: سألت رسول الله ﷺ عمن فرق بين الوالد والولد، فقال: «من فرق بينهم فرق الله بينه وبين الأحبّة يوم القيامة» سنن الدارقطني، ٢/ ٣١٧. وأخرجه الدارمى في سننه، الحديث: ٢٣٨٥، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٥، وقال: صحيح على شرط مسلم. كما أخرجه أحمد في مسنده، ٥/ ٤١٢ بقصة فيه: عن أبي عبد الرحمن الحبلى، قال: كنا في البحر، وعلينا عبد الله بن قيس الفزاري، ومعنا أبو أيوب الأنصاري، فمرّ بصاحب المقاسم، وقد أقام السبي، فإذا امرأة تبكي فقال: ما شأن هذه؟ قالوا: فرّقوا بينها وبين ولدها، فانطلق أبو أيوب، فأتى بولدها حتى وضعه في يدها، فأرسل إليه عبد الله بن قيس، ما حملك على ما صنعت؟ قال: فإني سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: من فرق، الحديث.

ولأن كلّ واحد منهما ينتفع بالآخر من حيث التربية ودفع الوحشة، فإذا فرّق بينهما، وقلب الصغير ضعيف، وطبعه لطيف، لايحتمل ذلك، ربما يموت، وكذا إذا كان أحدهما صغيرا.

ولا يكره التفريق بين الكبيرين[1]، لأن التزاور يتأتّى بعد البلوغ، فلا يؤدّي إلى ما قلنا[2].

ولايكره التفريق بين الزوجين[3]، وإن كانا صغيرين، لأن النصّ ورد في القريبين، ولأن بين الزوجين أنس شهوة، وذاك يحدث بعد البلوغ، فالتفريق بعد البلوغ لايكون ضررا.

ولايكره التفريق في الرحم وحده، ولافي المحرم وحده، ولافي الرحم إذا كان محرَما لا بالرحم[4].

وللحديث شواهد، منها ما رواه الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال: قال رسول الله ﷺ: «ملعون من فرّق بين والدة وولدها» وقال: إسناده صحيح، كتاب البيوع، باب من فرق بين والدة وولدها، ٢/ ٥٥. وما رواه البيهقي في قصة بين أبي بكر وعمر، قال رسول الله ﷺ: «لاتولّه والدة عن ولدها» ٨/ ٥، و«نصب الراية» ٣/ ٢٦٦.

(١) انظر "الهداية" ٣/ ٦٨، وفتح القدير مع العناية ٥/ ٢٤٥.

(٢) انظر «شرح السير الكبير» للسرخسي، ٥/ ٢٠٧١.

(٣) راجع الهداية مع فتح القدير ٥/ ٢٤٢.

(٤) لأن هذه القرابة لاعبرة بها فيالأحكام، بدليل جواز الجمع بينهما في النكاح، وجواز المناكحة بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى، ووجوب القطع على كل واحد منهما بسرقة مال صاحبه تنزل منزلة الأجانب، ولا بأس بالتفريق بين الأجانب. «شرح السير الكبير» للسرخسي، ٥/ ٢٠٧٣.

ولو كان مع الصغير قريبان: أحدهما أقرب من الآخر، لابأسَ بأن يبيع الأبعد، ويمسك الأقرب مع الصغير، أو يبيع الأقرب مع الصغير، ويمسك الأبعد.

وإذا كانا في الدرجة على السواء، فإن كانا من جنسين مختلفين، كالأب والأمّ، والخالة والعمّة لايفرق، ولكن يبيع الكل، أو يمسك الكل.

وإن كانا من جنس واحد، كالأخوين والعمين والخالين، كان له أن يمسك مع الصغير أحدَهما، ويبيع الباقي استحسانا؛ لأن حق الصغير يصير مقضيا بأحدهما.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

لايفرّق في البيع بين ذوي الرحم المحرم إذا كانا صغيرين، أو أحدهما صغيرا، وقد ذكرنا[1].

وإذا وقع الرجلُ وامرأتُه وولدُها الصغير في سهم رجل، لايبيعهم إلامعًا، لأن شفقتهما مختلفة، فلايستغني الصغير بأحدهما عن الآخر، وإن كان مع الصغير أمّ وعمّة، أو أخ أو خالة، لابأس بأن يمسك الأمّ مع الصغير، ويبيع الباقي.

وروى هشام عن محمد أنهم لايباعون إلا معًا، اعتبارا لاختلاف الجهة، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية، لأن شفقة الأم تغني عمن سواها، ولهذا كانت هي أحق بالحضانة من غيرها.

ولو كان مع الصغير عمّة وخالة، لم يباعوا إلامعا، لأن جهتهما مختلفة، ودرجتهما سواء.

وإن كان معه جدّة وعمة وخالة، لابأس ببيع العمة والخالة، لأن شفقة الجدّة توازي شفقة الأم، فكانت بمنزلة الأم.

---

(١) راجع "الهداية" ٣/٦٧، و "فتح القدير" ٥/٢٤١، و "العناية" ٥/٢٤١.

وإن كان معه أخوان كبيران أو إخوة [كبار][1]، في القياس، وهو رواية "الأمالي"[2] لم يباعوا إلا معًا، اعتبارا بالعمة والخالة، لاحتمال أن يكون البعض أشفق، وكذا لو كان له أبوان وأخ، لايباع الأخ في رواية "الأمالي"[3]، لما قلنا.

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية، وهو جواب الاستحسان، لأن الشفقة أمر باطن، لايمكن الوقوف عليها، فيعتبر السبب، فلايعتبر الأبعَد مع الأقرب، وعند الاستواء في الدرجة، واتحاد الجهة أحدهما يغني عن الآخر.

وكذا لو ملك ستة إخوة: ثلاثة كبار، وثلاثة صغار، فباع مع كل صغير كبيرا[4]، جاز استحسانا.

ولو كان مع الصغير[5] أخوات: أخت لأب وأم، وأخت لأب، وأخت لأم، تباع الأخت لأب، والأخت لأم، وتمسك الأخرى مع الصغير، لأن حقه يتأدّى بالأقرب.

---

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) «الأمالي» تصنيف الإمام محمد الشيباني، أملاه على تلاميذه في بعض المجالس، في مختلف أبواب الفقه، رواه عنه تلميذه شعيب بن سليمان الكيساني، وعن شعيب رواه ابنه سليمان، ولذا يقال له «الكيسانيات» أيضا صرّح به ابن نديم في فهرسته ص ٢٥٤، وقد طبع جزء صغير من هذه الأمالي بحيدر أباد في الهند، نشرته دائرة المعارف العثمانية باهتمام جماعة من العلماء سنة ١٣٦٠هـ وهذا يشتمل على بعض فروع فقهية في الغصب والمرابحة والدعوى والبيوع والصرف والطلاق والكفالة والحوالة والشركة والدية والعبد المأذون له وعلى مسائل صغار مختلفة.

(٣) لم أجد المسألة في القدر المطبوع من «الأمالي».

(٤) وفي (ا) و (ب): "فباع مع كل كبير صغيرا".

(٥) "الصغير" ساقط من (ج) و (د).

وإن كان مع الصغير[1] أبوان، ادّعاه رجلان، ثم ملكوا جملة، القياس أن يباع أحدهما، لأن جهتهما واحدة، وفي الاستحسان لايباع، لأن الأب في الحقيقة أحدهما، فلو بيع أحدهما ربما يباع الأب، فيؤدي إلى التفريق بينه وبين الأب، فحرم احتياطا.

امرأة من السبي، معها صبية، فقالت: هي ولدي، ولايعرف ذلك إلا بقولها، لايقبل قولها، لأنها تحمل النسب على الغير، وقد قال عمر رضي الله عنه: «لايورث الحمل إلا ببينة»[2]، ولكن يكره التفريق بينهما بالبيع، لأن السنة وردت في السبايا، وليس فيه ذكر البينة، ولأن قول الواحد مقبول في الديانات، خصوصا فيما يبني على الاحتياط.

والأصل فيه ما روي أن رجلا جاء إلى النبى عليه السلام، وأخبره أن سائلة جاءت إلى الباب، وقالت: أطعموني فإنى أرضعتكم[3] فقال عليه السلام: طلّقها، فقال: يا رسول الله! إنها سَوداء، فقال عليه السلام: كيف؟ وقد قيل[4].

---

(١) "الصغير" ساقط من (ج) و (د).

(٢) أخرجه الدارمي فقال: أخبرنا يزيد بن هارون، ثنا الأشعث، عن الشعبي، قال كتب عمر ابن الخطاب إلى شريح: «أن لايورث الحميل إلاببينة، وإن جاءت به في خرقها»، سنن الدارمي، ٢/ ٣٨٧. وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري، عن جابر عن الشعبي، عن شريح «أن عمر بن الخطاب كتب إليه ألا يورث الحميل إلا ببينة». مصنف عبد الرزاق، الحديث: ١٩١٧٣، ١٠/ ٢٩٩.
وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه متشدّدا ومحتاطا في أمر النسب، وكان يحرص على أن يلحق الأبناء بآبائهم. انظر «شرح معاني الاثار» ٤/ ١٦٤، «موطأ الإمام مالك» ٢/ ٢١٥.

(٣) وفى نسخة: أرضعتكما.

(٤) لم أعثر بهذا اللفظ، وإنما أخرج أبو داود فى كتاب القضاء، باب الشهادة على الرضاع، عن عقبة بن الحارث أنه قال: «تزوّجتُ أمّ يحيى بنت أبى إهاب، فدخلت علينا امرأةٌ سوداءُ، فزعمت أنها أرضَعَتْنا جميعًا، فأتيتُ النبىَّ ﷺ فذكرت ذلك له، فأعرض عنّى، فقلت: يا رسول الله! إنّها لكاذبة، قال: وما يدريك؟ وقد قالت ما قالت، دعها عنك» الحديث ٣٦٠٣، وأخرجه النسائى

ولو لم يعلم من هذه المرأة إرضاع الصغيرة، وقد وطئ الكبيرة، فلما كبرت الصغيرة، وأرادت الرجل، قالت: هي بنتي، كره وطئها احتياطا، ولايحرم في الحكم، لأن ملك المتعة لايزول بقول الواحد.

ثم في الموضع الذى يكره التفريق بينهما بالبيع، إذا باع، جاز البيع[1] عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لايجوز في الوالدين، والمولودين خاصة، لزيادة الحق[2].

وفي رواية أبطل البيع في الكل، لأمر النبي عليه السلام بالردّ، والردّ إنما يجب في البيع الفاسد.

وجه ظاهر الرواية أنه نهى عن البيع لغيره، لا لعينه، فلا يوجب الفساد، كالنهي عن البيع وقت النداء، وعلى سَوم أخيه المسلم[3].

ـ والله أعلم ـ

فى النكاح، باب الشهادة فى الرضاع، بلفظ: عن عقبة قال: «تزوجتُ امرأةً، فجاءتنا امرأة سوداء، فقالت: إني قد أرضعتكما، فأتيتُ النبي ﷺ فأخبرته فقلت: إني تزوجت فلانةَ بنتَ فلان، فجاءتني امرأة سوداء فقالت إني قد أرضعتكما، فأعرض عني فأتيتُه من قِبل وجهه فقلت: إنها كاذبة، قال: وكيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما، دعها عنك» الحديث: ٣٣٣٠، وأخرجه البخارى في العلم، الحديث: ٨٨، وفي البيوع، الحديث: ٢٠٥٢، وفى الشهادات: الحديث: ٢٦٤٠ و٢٦٥٩ و٢٦٦٠، وفي النكاح، الحديث: ٥١٠٤، وأخرجه الترمذى فى الرضاع، باب شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع، الحديث: ١١٥١.

(١) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «الهداية» للمرغيناني، مع «فتح القدير» ٦/ ٤٤٤.

(٣) المصدر السابق.

باب من البيع الذى يرجع فيه إلى صاحبه ما اشترى والثمن ويكون فيه بالخيار

بنى الباب على أصول ثلاثة:

منها: أن البينة حجّة يجب العمل بها ما أمكن[١].

وإذا تعارضتا، وترجّحت إحداهما، يقضى لصاحبها.

وإن لم تَترجّح، فإن كان المشهود به شيئا يقبل الشركة، يقضى لكل واحد منهما بالنصف المشهود به[٢].

وإن كان لايقبل الشركة، يقضى لكل واحد منهما بكله إذا أمكن إثبات المزاحمة في حكمه، وإن تعذّر لايقضى بشيء[٣].

---

(١) ذكر السرخسي هذه القاعدة في عدة مواضع من المبسوط، فقال: «البينات حجج فيجب العمل بها بحسب الإمكان». المبسوط ٨/ ١٠٢ كتاب الولاء، ١٢/ ١٥٥، ١٦/ ١٦٢ وقال في موضع آخر: "إن البينات حجج، فمهما أمكن العمل بالبينتين لا يجوز إبطال شيء منهما كالحجج الشرعية". «المبسوط» ١٧/ ٦٠.

وفصّلها الحَصيري بأن البينة حجة شرعية، يجب العمل بها بحسب الإمكان، ما لم يتضمن العمل بها إبطالَ بينة اتصل بها القضاء، لأنها ترجّحت باتصال القضاء بها. انظر «التحرير في شرح الجامع الكبير» ورق ٢/ ٤٣٨.

(٢) وفي (ا) و(ب) و(ج) و(د): "بنصفه".

(٣) أجاد الإمام الكاساني رحمه الله في تفصيل أوجه الترجيح بين البينات عند التعارض فقال: الأصل

مثال الأول: إذا ادّعيا عَينا في يد ثالث، ومثال الثاني: إذا ادعيا نسب ولد، ومثال الثالث: إذا ادّعيا نكاح امرأة، [وهي حيّة][1].

ومنها: أن سلامة الثمن للبائع حكم بسلامة المبيع للمشترى، لأن البيع عقد معاوضة، فيقتضي سلامة بإزاء سلامة، وتسليما بإزاء تسليم.

فإن استحق[2] المبيع رجع بجميع الثمن، وإن استحق بعضه رجع بحصته[3].

فإن كان ذلك قبل القبض، كان له الخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته، وإن شاء ترك،

أن البيّنتين إذا تعارضتا فى أصل الملك من حيث الظاهر، فإن أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى يعمل بالراجح، لأن البينة حجة من حجج الشرع، والراجح ملحق بالمتيقن فى أحكام الشرع، وإن تعذر الترجيح، فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه، وجب العمل به، وإن تعذر العمل بهما من كل وجه، وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما، لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان، وإن تعذر العمل بهما أصلا، سقط اعتبارهما، والتحقا بالعدم إذ لاحجة مع المعارضة، كما لاحجة مع المناقضة. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٣٢.

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)، وسقطت من الأصل ومن (ا) و (ب).

(٢) الاستحقاق لغةً: إما ثبوت الحق ووجوبه، ومنه قوله تعالى: ﴿فإن عثر على أنهما استحقا إثمًا﴾ المائدة: الآية ١٠٧ ـ أي وجبت عليهما عقوبة، وإمّا بمعنى طلب الحق، واصطلاحًا عرفه العلامة ابن عابدين: بأنه ظهور كون الشيء حقًا واجبًا للغير.

(٣) فى الفتاوى الهندية: إذا كان المشترى شيئًا واحدًا كالثوب الواحد والعبد فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده، فللمشترى الخيار فى الباقى، إن شاء أخذه بالحصة، وإن شاء ترك، وإن كان المشترى شيئين كالثوبين والعبدين فلم يقبضهما حتى استحق أحدهما أو قبض أحدهما ثم استحق الآخر، فللمشترى الخيار فى الآخر، وإن استحق بعد القبض، فلا خيار له فى الآخر، وإن تفرقت الصفقة عليه. ٣/ ١٦٦.

وإن كان بعد القبض، فإن كان الاستحقاق يورث عيبا[1] في الباقي فكذلك، وإن كان لايورث، لزمه الباقي بحصته، ولايُخيّر.

ومنها: أن المبيع إذا وصل إلى المشتري بجهة ما، يجعل قابضا بحكم البيع، لأن القبض بجهة البيع[2] مستحق له، وبجهة أخرى غير مستحق، فيجعل قابضًا بحكم الاستحقاق، كرَدّ المغصوب والودائع[3].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل في يده دار وعبد، فادّعى رجلان، كل واحد منهما[4] أنه اشترى الدار من الذي في يده بذلك العبد، وأقاما البينة، فهو على وجهين: إما إن كان العبد في يد المدعى عليه، أو كان في أيديهما.

وكل ذلك على وجوه: إما إن كانت الدار في يد المدعى عليه، أو في أيديهما، أو في يد أحدهما، وأرّخا، أو لم يؤرّخا، او أرّخ أحدهما، وادّعيا الشراء والقبض، أو لم يذكر قبض الدار[5].

فإن كان العبد والدار في يد المدّعى عليه، وأقاما البينة علي الشراء، أو على الشراء

---

(١) قال الإمام الكاسانى فى البدائع: تفسير العيب الذى يوجب الخيار وتفصيل المفسر، فكل ما يوجب نقصان الثمن فى عادة التجار نقصانًا فاحشًا أو يسيرًا فهو عيب يوجب الخيار، وما لا فلا. بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤

(٢) في (ا) و (ب): "بحكم البيع".

(٣) الودائع جمع وديعة: فعيلة من الودع، وهو الترك، والإيداع والاستيداع بمعنى، ويقال: أودعه أى قبل وديعته. والوديعة: المال المتروك عند إنسان يحفظه. «طلبة الطلبة» ص ٢٠٢.

(٤) زاد في (ا) و (ب): "ادعى أنه".

(٥) في (ج) و (د): "لم يذكر القبض".

وقبض الدار[(١)]، فإنه يقضى بالدار بينهما[(٢)]، وبالعبد بينهما، لأن كل واحد منهما أثبت شراءَ كل الدار بالعبد، والدار مما يقبل الشركة[(٣)]، فيقضى بينهما لاستواءهما في الحجة، ويخيّر كل واحد منهما، لأن كل واحد منهما اشترى كل الدار، ولم يسلم له إلا النصف، والشركة في الدار عيب، فيخير[(٤)].

فإن اختار الأخذ، أخذ الدار بينهما، والعبد بينهما، لأن كل واحد منهما أثبت شراء كل الدار بالعبد، والعبد في يده، فصار كل واحد منهما مسلّما كل العبد إليه بدلا عن الدار، فإذا استحق عليه نصف الدار، يرجع بنصف البدل، فتكون الدار بينهما، والعبد بينهما[(٥)].

---

(١) وفي (ا) و (ب) و(ج) و (د): "لم يذكر القبض".

(٢) قال الإمام الكاسانى رحمه الله: وإن كان السبب هو الشراء فنقول: لا تخلو إما أن تكون الدار فى يد ثالث، وإما أن تكون فى يد أحدهما، وكل ذلك لا يخلو إما أن ادعيا الشراء من واحد وإما أن ادعياه من اثنين، فإن كانت فى يد ثالث وادعيا الشراء من واحد، فإن كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقًا عن التاريخ وذكر القبض، يقضى بينهما نصفين عندنا. انظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٧.

(٣) الشركة لغةً: اختلاط شيء بشيء، وفى الشريعة: عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدًا بحيث لا يفرق أحد النصيبين عن الآخر. أنيس الفقهاء: ص ١٩٣.

(٤) انظر المبسوط للسرخسى ١٧/ ٥٨ بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٧ والدر المختار ٥/ ٥٧٣.

وجاء فى الفتاوى الهندية: رجل فى يديه دار وعبد أقام رجلان كل واحد منهما البينة أنه اشترى منه الدار بالعبد الذى فى يديه وصاحب اليد ينكر دعواهما، فإن القاضى يقضى بالدار بينهما ويقضى بالعبد بينهما، ولهما الخيار اهـ. ٤/ ٧٤، وكذا فى فتاوى قاضى خان على هامش الفتاوى الهندية ٢/ ٤٠١.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسى ١٧/ ٥٨، وبدائع الصنائع ٦/ ٢٣٧ والدر المختار ٥/ ٥٧٢، والمسألة

وإن فسخا البيع، أخذ العبد بينهما، وقيمة الغبد بينهما، لأنه قبض العبد عن كل واحد منهما، بدلاعن الدار، فإذا فسخا البيع، كان عليه ردّ العبد على كل واحد منهما، وقد عجز عن ردّ النصف، فصار ضامنا لكل واحد منهما نصف القيمة[١].

ولأنهما لما أقاما البينة على شراء الدار بالعبد، ثبت إقراره لكل واحد منهما بملك العبد، لأن الإقدام على الشراء إقرار بملك البائع[٢]، وقد وصل إليه بحكم العقد، فإذا انفسخ البيع، كان[٣] عليه ردّه، وقد عجز عن رد النصف، فيضمن القيمة.

كرجلين أقام كل واحد منهما البينة على رجل، أنه أقرّ بغصب العبد الذي في يده من المدعى، فإنه يردّ العبد عليهما[٤]، ويغرم[٥] لكل واحد منها نصف القيمة، كذلك هنا.

وكذا لو كانت الدار في يد المدّعيين، لأنه استحق على كل واحد منهما نصف المبيع، فيرجع بنصف البدل، ويخيّر، لأن الشركة في الدار عيب.

فإن اختار الأخذ كانت الدار بينهما، والعبد بينهما، وإن اختار الفسخ أخذ العبد

بعينها مذكورة فى الفتاوى الهندية ٤/ ٧٤.

(١) قال الإمام الكاسانى: وإن اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن، لأنه انفسخ البيع. انظر بدائع الصنائع، ٦/ ٢٣٧.

(٢) قال الحصكفى رحمه الله: "الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له" «الدر المختار» ٥/ ٥٧٦.

(٣) وفي(ا) و (ب) و(ج) و (د): وجب.

(٤) في (ا) و(ج): "إليهما".

(٥) غرّمه وأغرمه: أوقعه فى الغرامة، والغُرم والغرامة أن يلتزم الإنسان ما ليس عليه. انظر «المغرب» للمطرزى ٢/ ١٠٢.

بينهما[١]، وقيمة العبد بينهما[٢]

وإن كانت الدار في يد أحدهما، فهي له، لأن تمكّنه عن القبض دليل على سَبق شراءه، فيقضى له[٣]، ولأن الشراء يتأكّد بالقبض، والقضاء بالمتأكّد أولى[٤]، والعبد للآخر، لأنه الأخر[٥] أثبت شراء الدار بالعبد، وقد صار العبد مسلّما إلى البائع، فإذا استحق المبيع، يرجع بالبدل.

فإن قال المدعى عليه للذي في يده الدار: " استحق عليّ بدل الدار ببينة صاحبك، فلي أن أرجع عليك بالدار"، لايلتفت إليه، لأن العبد استحقّ من يد البائع بما ليس بحجّة في حق صاحب اليد، فلايرجع، كما لو استحق عليه بإقراره[٦].

وهو نظير ما لو باع الكافر دارا مِن مسلم بِعبدٍ، فاستحق عليه العبد بشهادة الكفار،

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥، و فتاوى قاضى خان ٢/ ٤٠١.

(٢) سقطت العبارة من قوله: "كانت الداربينهما" في (ا) و (ب)، وفيه "فإن اختار الأخذ أو الفسخ فهو على ما ذكرنا".

(٣) قال الإمام الكاسانى رحمه الله تعالى: فإن كانت فى يد أحدهما فإن ادعيا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ، وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لأن القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسًا ومشاهدةً. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨، وانظر المبسوط ١٧/ ٥٨، والدر المختار ٥/ ٥٧٢، و الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥، وفتاوى قاضى خان ٢/ ٤٠١.

(٤) انظر المبسوط للسرخسى ١٧/ ٥٨.

(٥) "الأخر" ساقط من (ا) و (ب) و(ج).

(٦) وفى فتاوى قاضى خان: وليس لبائع الدار أن يرجع على من أخذ الدار وإن استحق منه ثمن الدار وهو العبد لأن العبد أخذ من يده بينة لم تظهر فى حق صاحبه. ٢/ ٤٠١، وانظر الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

فإنه لايرجع على المسلم بشيء.

وإن كانت الدار في يد المدعى عليه، والعبد في يده، فأرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق[١]، يقضى بالدار له، وبالعبد للآخر[٢].

وكذا لو كانت الدار في أيديهما، أو في يد أحدهما، لأن سَبق شراءه يبطل بيع[٣] الآخر، ويبطل القبض أيضًا[٤].

فرّق بين هذا، وبين ما لو ادعيا الشراء من رجلين، فوقّتا، ووقت أحدهما أسبق، فإنه يقضى بينهما[٥]، لأن في البائعين تقدّم بيعِ أحدهما لايُبطل بيع الآخر[٦]، ويكون

---

(١) من القاعدة الأصولية العامة أنه إذا تعذّر الجمع بين الدليلين المتعارضين، فالسبيل الرجوع إلى طلب التاريخ، فإن علم التاريخ، وجب العمل بالمتأخر لكونه ناسخا للمتقدم، وإن لم يعلم سقط حكم الدليلين، لتعذر العمل بهما، لأن العمل بأحدهما ليس بأولى من العمل بالآخر، والترجيح لايمكن بدون مرجِح. راجع «كشف الأسرار» شرح أصول البزدوي، ٣/ ٧٨.

(٢) قال الإمام الكاسانى: إلا أن تشهد بينة التاريخ أن شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨.

وقال شمس الأئمة السرخسى: ولو وقتت كل واحدة من البينتين وقتا، قضيت بها لصاحب الوقت الأول، لأنه أثبت شراءه فى وقت لا ينازعه الآخر فيه فاستحقهما من ذلك الوقت فيتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك، فكان شراءه باطلا. انظر المبسوط ١٧/ ٥٧، و الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥، وفتاوى قاضى خان ٢/ ٤٠١.

(٣) في (ا) و (ب) و(ج): "شراء الآخر".

(٤) كذا فى الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥. وانظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨.

(٥) قال الإمام الكاسانى فى "بدائع الصنائع": فأما إذا ادعيا الشراء من اثنين. . . ولو وقتت البيّنات فإن كان وقتهما واحدًا وكذلك وإن كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخًا أولى عند أبى

دعوى المشترِيين كدعوى البائعين.

ولو حضر البائعان، وادعيا الملك، يقضى بينهما، أما في البائع الواحد، بيعه الأول يُبطل البيع الثاني، فيقضى بالأول.

وكذا لو أرّخا، وأحدهما أسبق، وصاحبه أقام البينة على الشراء والقبض، يقضى لأسبقهما تاريخا[1]، لما قلنا في القبض المعاين.

وإن أرّخ أحدهما، وأطلق الآخر، فإن كانت الدار في يد المدعى عليه، يقضى بالدار للذي أرّخ[2]، وبالعبد للآخر، لأن الشراء حادث، فيحال بحدوثه إلى أقرب

حنيفة وأبى يوسف، وكذا عند محمد فى رواية الأصول، بخلاف الميراث أنه يكون بينهما نصفان عنده... وعن محمد فى "الإملاء" أنه سوى بين الميراث والشراء وقال: لا عبرة بالتاريخ فى الشراء أيضًا إلا أن يؤرخا ملك البائعين. ٦/ ٢٣٨.

وقال ابن عابدين: وإن ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر فأقام أحدهما بينة بأنه اشتراه من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراه من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضى يقضى به بينهما وإن وقتا فصاحب الوقت الأول أولى فى ظاهر الرواية وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ اهـ. ٥/ ٥٧٤، وانظر «المبسوط» ١٧/ ٥٨.

(٦) في (ا) و (ب): "شراء الآخر".

(١) قال الإمام الكاسانى رحمه الله تعالى: وكذا لو أرَّخا تاريخًا واحدًا ذكرت إحداهما القبض فبينة القبض أولى إلا إذا كان وقت الآخر أسبق. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨. هكذا فى الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨ والمبسوط للسرخسى ١٧/ ٥٧ وفتح القدير ٧/ ٢٣٥ وفى الفتاوى الهندية: وإن أرخ أحدهما دون الآخر والدار فى يد المدعى عليه يقضى للمؤرخ بالدار وبالعبد للآخر ٤/ ٧٥، وكذا فى فتاوى قاضى خان ٢/ ٤٠١.

الأوقات، وهو ما قبل الدعوى، فكان شراء المؤرخ سابقًا.

فرق بين هذا وبين دعوى الملك، إذا ادّعيا ملكا، فأرّخ أحدهما، وأطلق الآخر، اختلفت الروايات فيه.

وفي ظاهر الرواية يقضى بينهما[1]، لأن ثمّة ملك المؤرخ لا يحتمل الملك من الأصل، وملك المطلق يحتمل الملك من الأصل، ويحتمل التأخير عن ملك صاحبه، فيجعل مساويًا له.

أمّا في دعوى الشراء الملك المطلق، لايحتمل الملك من الأصل، فيقضى للمؤرخ، ويقضى بالعبد للآخر، لأنه أثبت شراء الدار بالعبد، وقد استحق عليه الدار، فيرجع بالبدل.

ولاخيار لواحد منهما، لأن موجَب العقد سلّم لأحدهما، وموجَب الفسخ للآخر.

فإن كانت الدار في[يد][2] الذي لاتاريخ له، كان هو أولى بالدار[3]، لأن شراءه

(١) قال الإمام الكاسانى رحمه الله تعالى: وإن أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى من غير سبب، يقضى بينهما نصفين عند أبى خنيفة، ولا عبرة للتاريخ، وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت، وعند محمد يقضى لصاحب الإطلاق. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٦.
وفى الفتاوى الهندية: إذا ادعيا ملكًا مطلقًا وكان فى يدى ثالث... وإن أرخ أحدهما وأطلق الآخر فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى يقضى بينهما وهو الصحيح، واختلف الروايات عن صاحبيه ـ الفتاوى الهندية ٤/ ٧٣.

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) وفى البدائع: فإن كانت فى يد أحدهما فإن ادعيا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لأن القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسًا ومشاهدةً وقبض الآخر لم يثبت إلا ببينة تحتمل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس

تأكّد بالقبض، وشراء الآخر لم يتأكّد، ولأن تمكّنه من القبض دليل على سَبق شراءه، وذكر التاريخ من الآخر، وإن كان يدل على سبق شراءه أيضًا إلا أن دليل ذي اليد معايَن، وهو القبض، ودليل الآخر، وهو التاريخ مخبر به، وليس الخبر كالعَيان.

ولو استوَى الدليلان، لايجوز نقض القبض بالشك، فكيف إذا ترجّح؟ وكذا لو كان لغير المؤرخ قبض مشهود به كان هو أولى[1]، لأنهم شهدوا بشراء متأكّد.

وإن كان لأحدهما قبض مشهود به، وللآخر قبض معايَن فالقبض المعايَن أولى، لرجحان العَيان على الخبر[2].

ولو كانت الدار في يد البائع، وأرّخ أحدهما، وأطلق الآخر، إلا أن المطلق أقام البينة على إقرار البائع بقبض الدار، كانت الدار للمؤرخ، والعبد للآخر، لأن الإقرار بالقبض ليس بقبض، ولايقبل قول البائع[3]، كما لو أقرّ لأحدهما أنّ بيعة كان أسبق،

أولى. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٣٨، والمبسوط للسرخسى ١٧/ ٦٢.

وفى الفتاوى الهندية: وإن كانت الدار فى يد الذى لم يؤرخ شهوده فهو أولى بحكم القبض المعاين. (٤/ ٧٥، وكذا فى «فتاوى قاضى خان» ٢/ ٤٠١.

(١) أشار إليه الإمام قاضى خان فى فتاواه بقوله: "وكذا لو كان لغير المؤرخ قبضٌ مشهود به، فهو أولى". ٢/ ٤٠١.

(٢) فى البدائع: لأن القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسًا ومشاهدةً، وقبض الآخر لم يثبت إلا ببينة تحتمل الصدق والكذب، فكان القبض المحسوس أولى، فصار الحاصل أن القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضًا، والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ. ٦/ ٢٣٨، وفى المبسوط للسرخسى: والوقت فى حق الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة. ١٧/ ٦٢. ، وكذا فى الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

(٣) قال ابن نجيم رحمه الله: ظاهر إطلاقه أنه لا اعتبار بتصديق ذى اليد أحدهما، وفي «العمادية»:

لا يقبل قوله.

وهذا بخلاف ما لو ادعيا نكاح امرأة، وأقاما البينة، فإنه يرجع الى المرأة[1]، فإن أقرّت لأحدهما أن عقدَه كان أول، قُبل قولها[2].

والفرق أن في فصل[3] النكاح لم يستحق أحدهما شيئا ببيّنته، فيقبل قولها في ذلك، أما في فصل[4] الشراء لمّا أقاما البينة، فقد استحق كل واحد منهما نصف الدار،

وإقرار صاحب اليد لأحدهما لا يعتبر، وفى الفتاوى الهندية: إن شهود الذى لم يؤرخ على إقرار البائع بالشراء والقبض قضى لصاحب التاريخ. «البحر الرائق» ٤/ ٧٥.

(١) وفي النسخ الأخرى: "إليها".

(٢) فصّل ابن الهمام رحمه الله في ذلك نقلا عن "المبسوط": لو تنازع رجلان فى امرأة، كل واحد منهما يدعى أنها امرأته ويقيم البينة، فإن كانت فى بيت أحدهما أو كان دخل بها فهى امرأته، لأن البينتين إذا تعارضتا على العقد ترجح إحداهما بالقبض، وهذا لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده، ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ إلا أن يقيم البينة أنه تزوجها قبلها فحينئذ سقط اعتبار الدليل فى مقابلة التصريح بالسبق، وإن لم تكن فى يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده، والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو بإقرار الخصم، وإن لم يكن لهما على ذلك بينة، فأيهما أقرت المرأة أنه تزوجها قبله أو أنه تزوجها دون الآخر فهي امرأته، إما لأن بينته تترجح بإقرارها له، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح، فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما. انظر «فتح القدير» و"النهاية" ٧/ ٢٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢١٨، و«خلاصة الفتاوى» ٣/ ١١٠ و«الفتاوى الهندية» ٤/ ٧٨.

(٣) "فصل" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

فلايتغير ذلك بإقرار البائع.

فإن كانت الدار في أيديهما، فأرّخ أحدهما، وأطلق الآخر، يقضى بالدار بينهما، والعبد بينهما[1]، لأن المؤرخ له فيما في يده تأريخ وقبض معاين، وليس للآخر في ذلك شيء، فصار هو أولى بما في يده، ولصاحبه فيما في يده قبض معاين، وليس للآخر فيه إلا التاريخ، فكان صاحب القبض أولى، فيقضى بالدار بينهما، وبالعبد بينهما، لما قلنا[2].

ويخيّران، لأن كلّ واحد منهما أثبت شراء جميع الدار بالعبد، ولم يسلّم له إلا نصف الدار، والشركة في الدار عيب، فيخيران[3]، وتاريخ القبض في هذا بمنزلة تاريخ الشراء، لأن سَبق القبض يدل على سبق شراءه.

وإن أقاما البينة على قبض الدار، إلا أن أحدهما أرّخ لقبضه، والآخر لم يؤرّخ، والدار في يد البائع، يقضى بالدار للذي أرخ لقبضه[4]، كما [لو][5] أرخ أحدهما الشراء، وأطلق الآخر.

والحاصل: أن أصل التاريخ يرجّح الشراء لكنه يسقط بالقبض، وسبق التاريخ أحقّ من القبض، والقبض المعايَن أولى من القبض المشهود به، وإن كان المشهود به مؤرخا، وإن

---

(١) في الفتاوى الهندية: ولو كانت الدار في أيديهما فأرخ أحدهما وأطلق الآخر قضى بالدار والعبد بينهما. ٤/ ٧٥.

(٢) "لما قلنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) كذا في (ا) و (ب)" وفي (ج) و (د): "فيخير" وما ثبت أصح.

(٤) في الفتاوى الهندية: وإن أرخ أحدهما في القبض دون الآخر والدار في يد البائع قضى لصاحب التاريخ. ٤/ ٧٥.

(٥) زيادة من (ج) و (د).

كانا[1] مؤرّخين، فأسبقهما أولى وأحق[2] [3].

هذا إذا كان العبد في يد المدعى عليه، فإن كان في يد المدعيين، فإن كانت الدار في يد المدعى عليه، وأقام كل واحد منهما البينة على شراء الدار، كانت الدار بينهما، والعبد بينهما، ولهما الخيار[4]، لما قلنا في المسألة الأولى[5].

فإن اختارا إمضاء العقد، كانت الدار بينهما، والعبد بينهما[6]، أما الدار يقضى بينهما استحقاقا[7]، لاستواءهما[8] في [الاستحقاق][9] بالحجة، ويقضى بالعبد بينهما قضاءَ ترك، لاقضاءَ استحقاق.

وإن اختارا نقض العقد يقضى[10] بالعبد بينهما نصفين[11]، ولا يغرم البائع شيئا من

---

(١) في (ج) و (د): "كان" وهو خطاء.

(٢) "و أحق" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) انظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٨.

(٤) قوله: " لهما الخيار" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) فى الفتاوى الهندية: فأما إذا كان العبد فى يد المدعيين والدار فى يد المدعى عليه والباقى بحاله فالدار والعبد بينهما ويخيران. ٤/ ٧٥.

(٦) انظر الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

(٧) "استحقاقا" ساقط من (ج).

(٨) العبارة في (ا) و (ب): "أما الدار لا ستواء هما في الاستحقاق بالحجة".

(٩) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(١٠) "يقضى" ساقط من (ا) و (ب).

(١١) "نصفين" ساقط من النسخ الأخرى.

قيمة العبد لهما[1]، بخلاف الفصل الأول، لأن في الفصل الأول العبد كان مسلّما إلى البائع، فإذا انفسخ البيع، ويجب عليه رد كل العبد إلى كل واحد منهما، وقد عجز عن ردّ النصف، فيغرم لكل واحد نصف القيمة[2]، أما هنا[3]: العبد ما كان مسلما إلى البائع، فلايلزمه تسليم العبد عند انفساخ البيع، فلايغرم القيمة.

استشهد رحمه الله لبيان أن استحقاق المبيع يوجب الرجوع بالبدل، فقال: دار في يد عمر، ويزعم أنها له، وزيد يدّعيها، فاشتراها عبد الله من زيد بعبد، وسلّم إليه العبد، وخاصم عمرا في تسليم الدار، فوهبها له، أو أخذها منه صُلحا[4]، أو بصدقة، أو إجارة، أو إعارة، أو وديعة، أو غصب، أو رهن، لا سبيل لعبد الله على العبد، لأن الدار وصلت إليه، فيجعل وصولا بجهة البيع.

فلو أن عمرا رجع في هبة الدار، أو استردّها في الغصب والإجارة والإعارة[5] والوديعة ونحو ذلك، رجع عبد الله على زيد بالعبد، لأنه استحق عليه المبيع بملك سابق على شراءه، وانتقض قبضه من الأصل، فيرجع بالثمن.

ولو كان مكان الدار جارية، فاشتراها عبد الله من زيد بعبد، ودفع العبد إليه،

---

(١) انظر الفتاوى الهندية ٤/ ٧٥.

(٢) في (ا) و (ب) بلفظ: "فيغرم القيمة".

(٣) في (ج) و (د): "أما العبد".

(٤) "الصلح" لغةً اسم بمعنى المصالحة التى هي المسالمة، وهي خلاف المخاصمة، وشرعًا: عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضى، كذا فى "النهاية"، وفى الدر المختار: هو من الصلاح بمعنى استقامة الحال. «أنيس الفقهاء»: ٢٤٥.

(٥) قوله: "والإجارة والإعارة" ساقط من (ج) و (د).

وغصب الجارية من عمرو، فأبقت[1] منه، فضمنه عمرو قيمتها كان لعبد الله أن يرجع في العبد، لأن استحقاق القيمة بمنزلة استحقاق العين.

ولو استحقت الجارية، كان[2] له أن يرجع بالعبد، فكذلك إذا استحقت قيمتها، فإن رجع بالعبد، ثم عادت الجارية من الإباق، عادت على ملك عبد الله، لأنه ملكها بأداء الضمان، وسلم العبد له أيضًا، لأن الجارية سلمت له بأداء الضمان، لا بالبيع.

ثم عاد من مسألة الاستشهاد[3] إلى مسألة الدار، فقال: لو أن عبد الله اشترى الدار من زيد بعبد، وخاصم عمرا في تسليم الدار، فلم يظفر، فطلب من القاضي الفسخ، فنقض العقد بينه، وبين زيد، ثم إن عبد الله ظفر بالدار بوجه من الوجوه، سلمت له الدار، ويسلم له العبد أيضًا، ولا يردّ العبد على بائع الدار[4]، لأن القاضي فسخ بيع الدار بسبب يوجب الفسخ، وهو العجز عن التسليم، فنفَذ فسخُه، فلايعود البيع، وإن زال العجز بعد ذلك في المستقبل، كما لو فسخ البيع بسبب العيب، ثم يزول العيب.[5]

فإن قال بائع الدار: رد عليّ الدار، لأنك قد أقررت بها لي حيث اشتريتَها مني، فهو على وجهين:

---

(١) أبق: العبد كسمع وضرب أبقًا وإباقًا ككتاب، ذهب بلا خوف ولا كدّ عمل، أو استخفى ثم ذهب، فهو آبق وأبوق. القاموس المحيط ٣/ ٢٠٤ دار إحياء التراث العربي.

(٢) في (ج) و (د): "لأن له".

(٣) "قوله" من مسألة الاستشهاد" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) نظيره ما جاء فى الفتاوى الهندية أن رجلا اشترى شيئًا فاستحق من يده، ورجع المشترى على البائع بالثمن، ثم وصل المبيع إلى المشترى بوجه من الوجوه، لا يؤمر بالتسليم إلى البائع. انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٦٨، و«فتاوى قاضى خان» ٢/ ٢٢٩.

(٥) في (ا) و (ج). "زال العيب".

إن أقرّ له بالملك صريحا، ثم اشتراها منه، يؤمر بردّ الدار على البائع[1]، لأنه لما أقر له بالملك، فقد أقر أنها في يده بغير حق، فيؤمر بالتسليم[2]، كما لو أقر لإنسان[3] بشيء لايملكه، ثم ملكه بوجه من الوجوه، يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له.

وإن لم يقر به صريحا، لايؤمر بتسليم الدار إلى البائع، لم يجعل الشراء إقرارا بالملك في هذه الرواية، وفي «الجامع الكبير»[4] جعله إقرارا حتى جعل إقامة البينة على المساومة[5]، كإقامة البينة على الإقرار.

وجه رواية "الجامع" أن الإقدام على الشراء إقرار بصحته، وصحة [البيع][6] تتعلق بملك البائع، فكان إقرارا دلالة، ولو أقرّ به صريحا، يلزمه التسليم إلى البائع، فكذا إذا أقرّ

---

(١) فى الفتاوى الهندية: ولو اشترى شيئا قد أقر أنه ملك البائع، ثم استحق عليه، ورجع على البائع بالثمن، ثم وصل إليه بوجه من الوجوه، فإنه يؤمر بتسليمه إلى البائع. ٢/ ١٦٨.

(٢) في (ا) و (ب): "بالتسليم إليه".

(٣) "الإنسان" ساقط من (ج) و (د).

(٤) كذا في الأصل و (ا) و (ب)، وجاء في (ج): "الجامع الصغير".
ولم أجد هذه المسألة صراحة في الجامع الكبير والصغير، بعد البحث في أبواب البيوع والإقرار.

(٥) البياعات أنواع أربعة:
المساومة: وهى التى لا يلتفت إلى الثمن الأول.
والوضيعة: وهى التى بنقصان من الثمن السابق.
والتولية: وهى التى بالثمن الأول.
والمرابحة: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح. أنيس الفقهاء ص ٢١١.

(٦) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

.ه دلالة.[١]

ووجه ما ذكر هنا أنه ليس بإقرار نصا، وصحة البيع لاتتعلق بملك البائع، فإن البيع[٢] يصح من الوكيل والوصيّ والقاضي وغير ذلك.

قالوا: الصحيح ما ذكر في "الجامع"، لأن البيع الصحيح على اعتبار الأصل، لايكون إلا من المالك، وإنما لايؤمر بتسليم الدار إلى البائع باتفاق الروايات[٣]، لأن هذا إقرار في ضمن الشراء، فإذا بطل، بطل ما في ضمنه، بخلاف صريح الإقرار.

وكذا لو اشترى دارًا بألف، ونقد الألف، ثم استحقت الدار، ورجع بالألف، ثم ملك الدار بوجه من الوجوه، لايؤمر بتسليمها إلى البائع[٤].

رجل اشترى دارا بعبد، ثم استحق نصف الدار، خيّر المشتري، إن شاء أخذ نصف الدار بنصف العبد، وإن شاء فسخ البيع[٥]، لأن الشركة في الدار عيب[٦]، ولاخيار لبائع الدار، وإن كانت الشركة في العبد عيبا، لأنه لما باع كل الدار[٧]، وليس له إلا النصف، فقد رضي بالشركة في العبد، ودلس الأمر على صاحبه.

---

(١) من قوله: "ولو أقربه صريحا ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٣) يعني: على رواية «الزيادات» ورواية «الجامع الكبير».

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٦٨.

(٥) جاء فى الفتاوى الهندية: إذا كان المشترَى شيئا واحدًا، كالثوب الواحد والعبد، فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده، فللمشترى الخيار فى الباقي، إن شاء أخذه بالحصة وإن شاء ترك. «الفتاوى الهندية»، ٣/ ١٦٦.

(٦) "عيب" ساقط من (ج) و (د): و ثبتَ في (ا) و (ب).

(٧) زاد في (ا) و (ب): "كل الدار منه".

وبمثله لو استحق نصف العبد خيّر مشتري العبد، إن شاء رجع بنصف الدار، وإن شاء فسخ العقد، ولاخيار لبائع العبد، لما قلنا.

وإن استحق نصف الدار ونصف العبد، خيّر كل واحد منهما بعيب الشركة في البدلين[١]، وتدليس[٢] كل واحد منهما على[٣] صاحبه، كعبد بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من شريكه بألف، وباع الآخر نصيبه من شريكه بمائة دينار، ثم وجَد فيه عيبا، كان لكل واحد منهما أن يردّ على شريكه ما اشترى لمكان التدليس، كذلك هنا.

فإن اختار الفسخ، أخذ بائع الدار نصف الدار، وبائع العبد نصف العبد، وهو ظاهر.

وإن اختار الأخذ، اختلف المشايخ فيه، والصحيح أن كل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف الدار بنصف العبد، وإن شاء ترك، لأن بائع الدار جمع بين ما يملك، وبين ما لايملك، فجاز بيعه فيما يملك، وبطل فيما لايملك، وكذلك بائع العبد.

فإن لم يختر أحدهما شيئا، حتى أجاز مستحق العبد بيع العبد، أو سلّم كل العبد لمشتريه بهبة، أو صدقة[٤]، أو ميراث، أو نحوه، فلاخيار لمشتري العبد، لأنه سلم له المشتري، فبطل خياره وبقي الخيار للآخر.

---

(١) "في البدلين" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) التدليس: كتمان عيب السلعة عن المشترى، ومنه التدليس فى الإسناد. «القاموس المحيط» ٢/ ٣١٤.

(٣) "على" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) الصدقة: هي العطية التي بها تبتغى المثوبة من الله تعالى. «أنيس الفقهاء» ص ١٣٤.

مسألة ذكرها في «الأمالي»[1]: رجل في يده عبد، فقال له رجل: اشتريت منك هذا العبد بألف درهم منذ سنتين، وقال[2] رجل آخر: اشتريت منك بألف منذ سنة، فقال البائع: صدقتما، فهو لصاحب الوقت الأول، لأن المدعى عليه، لما قال "صدقتما" يجعل كأن الأمرين كانا، فكان البيع الأول أولى.

ـ والله أعلم بالصواب.

---

(١) للإمام محمد الشيباني، وقد سبق بينه.

و هذه المسألة لا توجد في القدر المطبوع من «الأمالي».

(٢) في (ا) و (ب): "قال له".

باب من البيع والشراء فيما إذا كان المبيع[1] معيبا فيزول عيبه قبل القبض أو بعده

بنى الباب على أصول:

منها: أن المبيع إذا سلّم للمشتري على الوصف الذي تناوله العقد، لزمه لمكان الرضى، وإن لم يسلّم كان له الخيار، إن شاء رضي به، وإن شاء ردّه على البائع على الوجه الذي خرج عن ملك البائع[2]، مراعاةً للجانبين.

ومنها: أنّ الزيادة الحادثة قبل القبض، لاقسط[3] لها من الثمن، لأنها تَبع لم يرد عليها العقد. وإذا صارت مقصودةً بالقبض أو بالتَناول، يأخذ قسطا من الثمن[4]، لورود ما له شَبه بالعقد عليه.

ومنها: أن زوال العيب قبل القبض أو بعده يُبطِل الردّ، لوصول حقه إليه بصفة السلامة[5].

(١) وجاء في (ج) و (د): "إذا كان للبيع معيبا"، وماأثبت من النسخ الأخرى أصح.

(٢) في (ا) و (ب)(ج): "عن ملكه".

(٣) القِسط: بالكسر، العدل والسويّة، يستوى فيه الواحد والجمع، والحصة، والنصيب، ومكيال يسع نصف صاع. القاموس المحيط ٢/ ٥٥٨، «المغرب» ٢/ ١٧٦.

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٥٦.

(٥) ولذا يشترط للردّ بالعيب ثبوته عند المشتري بعد ما قبض المبيع، ولايكتفي بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب، صرّح به الكاساني مستندا إلى «الجامع الصغير» انظر «بدائع

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، وهو يعلم بذلك، فلم يقبضها حتى انجلى البياض، ثم عاد بياضها كما كانت[١]، فلا خيار للمشتري[٢].

وعن أبي يوسف أن له الخيار لوجهين[٣]: أحدهما أن البياض الثاني غير الأول[٤]، والمشتري[٥] لم يرض بالثاني، ولأنه لما انجلى البياض تبيّن أنه كان غطاء، لأن البياض قلّ ما يزول، وتبيّن أن العقد تناول التسليم، فإذا تعيّب كان له الخيار.

وجه ظاهر الرواية: أن الثاني وإن كان غير الأول، إلا أنه لم يَفُتْ به شيءٌ التزم البائع تسليمه، ولم يرض به المشتري. وحدوث العيب في يد البائع إنما يوجب له الخيار إذا فات به شيء لم يرض به المشتري، والتزم البائع تسليمه.

ثم استشهد رحمه الله، فقال: ألاترى أنه لو اشترى جارية ساقطة الثنية[٦]، أو سوداء الثنية، وهو يعلم بذلك، فلم يقبضها حتى نبَتت ثنيتها، أو زال سَوادها، ثم سقطت

الصنائع» ٥/ ٢٧٥، ٢٧٦.

(١) في (ا) و (ب) و(ج) و(ا): "وهو لم يرض".

(٢) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨، والفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية ٢/ ١٩٨.

(٣) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٤) في (ج)و(ا): "كان".

(٥) "و المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٦) الثنية: من الثني، وهو ضمّ واحد إلى واحد، والثَّنِيّة: هي الأسنان المتقدمة، لأن كل واحد منهما مضمومة إلى صاحبتها، والجمع الثنايا، أي الأضراس الأربع التى فى مقدم الفم، اثنتان من فوق واثنتان من أسفل، والثنية: العقبة أو طريقها، أو الجبل أو الطريقة فيه، وبمعنى الاستثناء. «القاموس المحيط» ٤/ ٤٤٨. «المغرب» ١/ ١٢٤.

تلك الثنية، أو عاد سَوادها، فالجارية لازمة للمشتري، ولاخيار له لما قلنا[1]، ولارواية عن أبي يوسف في هذه المسألة.

واختلف المشايخ فيه: منهم من سلم، وفرّق بينهما وبين انجلاء البياض، والفرق أن ثنيات السن لايتبين أنها لم تكن ساقطة وقت العقد، بخلاف الأولى؛ لأن بانجلاء البياض ظهر أن الأول لم يكن بياضا.

والصحيح أنه لافرق بين المسألتين، وله الخيار في الفصلين؛ لأن بانجلاء البياض كما يتبين أنه لم يكن بياضا، فثنيات السن يتبين أن المنبت لم يكن فاسدا وقت العقد، والموجب للخيار فساد المنبت لاسقوط السن، فإذا سقط السن عند البائع حدث فساد المنبت عنده، فيخيّر المشتري في الفصلين، وكان من عادة محمد الاستشهاد بالمختلف نقلا للكلام إلى ما هو الأوضح.

فإن اشتراها، وقبضها وهي بيضاء إحدى العينين، أو ساقطة الثنية وهو يعلم بذلك، فانجلى البياض، ونبت السن عند المشتري، ثم عاد بياضها، أو سقطت ثنيتها، ثم وجد بها عيبا آخر كان عند البائع، كان له أن يردّها على البائع[2]؛ لأنه لم يرض بهذا العيب، ومن شرط الرد أن يردّها كما قبض، وقد وجده، وانجلاء البياض ونبات السن زيادة حدثت عند المشتري، وإنها تمنع الرد عند محمد ما دامت قائمة، فإذا فاتت لابصنع أحد، ولم يوجب نقصانا في الأصل، زال المانع، وجعل كأنها لم تكن.

كما لو اشترى شاة حاملا، فولدت عند المشتري، ثم وجد بها عيبا، لم يكن له أن يردها عندنا لمكان الولد، فإن هلك الولد كان له أن يردها بذلك العيب لما قلنا كذلك هنا.

ولو عاد بياضها بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي، ثم وجد عيبا، لايكون له أن

---

(١) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٢) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

يردها؛ لأن في جناية الأجنبي يجب الأرش، وإنه زيادة حدثت عند المشتري، فيمنع الرد.

وفيما[1] إذا عاد بياضها بفعل المشتري، فلأنه لو ردها بعيب آخر يصير المشتري جانيا على ملك البائع، فيلزمه الأرش، فيمنع الردّ، كما لو قتل الولد الحادث عنه المشترى[2]، فإنه لايردّ الأم بالعيب الذي كان عند البائع.

هذا إذا انجلى البياض ثم عاد، فإن لم يعد بياض ذلك العين، ولكن ابيضّت عينها الأخرى عند المشتري، ثم وجد المشترى بها عيبا كان عند البائع، لم يكن له أن يردّها[3]، لأنها خرجت عن ملك البائع، وهي صحيحة هذه العين، فإذا ابيضّت عنده، عجز عن ردها كما قبض.

ولايمكن أن يجعل هذا النقصان مجبورا بانجلاء البياض الذي حصل عنده؛ لأن من شرط الانجبار اتحاد السبب أو المحل، ولم يوجد، فلايرد، ولكن يرجع نقصان العيب.[4]

ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، وهو لايعلم بذلك حتى قبضها، كان له أن يردها[5] إذا علم لانعدام الرضى، فإن لم يرد حتى انجلى البياض عن عينها[6][7]، بطل خياره[8]، لأنه صار مستوفيا حقه في صفة السلامة كما التزم البائع.

---

(١) في (ا) و (ب) و (ج): "وأما".

(٢) في (ج) و (د): "عنده".

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٤) في (ج) و (د): "بالنقصان".

(٥) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٦) ساقط من (ج) و (د).

(٧) قوله: "عن عينها" ساقط من (ج).

(٨) الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨، وكذا في «فتاوى قاضي خان» على هامش «الفتاوى الهندية» ٢/ ١٩٨.

فإن عاد بياضها لم يكن له أن يرد[1][2]؛ لأنه لما انجلى البياض. وُجد تسليم المبيع كما التزم، فإذا عاد البياض، لايكون له أن يردها[3] لما قلنا في المسألة الأولى.

ولو اطلع على عيب آخر دلّسه البائع، لجاز[4] له أن يردها بذلك العيب[5]، جعل هذا البياض عين البياض الأول حتى لايمنع الرد بعيب آخر، وجعله غير البياض الأول حتى لايملك الرد بعيب البياض.

ووجه ذلك أن البياض الثاني محتمل إن عاد بالسبب الأول كان عينه، وإن عاد بسبب آخر كان غيره، فلايثبت به أمر لم يكن، ولايبطل به ما كان ثابتا، وحق الرد بعيب آخر كان ثابتا قبله، فلايبطل بالشك.

ففي المسألة الأولى من الباب، الردّ بعيب البياض ما كان[6] ثابتا، فلا يثبت بالشك، وفي المسألة الثانية حق الرد بعيب البياض قد بطل بانجلاء البياض، وتحقّق تسليم المبيع على الوصف الذي تناوله العقد، فلايبطل ذلك التسليم، ولايعود حق الرد بالبياض الثاني بالشك، أما إذا وجد به عيبا آخر، فحق الرد بهذا العيب ثابت، فلايبطل بعود البياض المحتمل بالشك.

وكذا لو اشترى جارية هي ساقطة الثنية، أو سوداء الثنية، فقبضها، وهو لايعلم بذلك ثم علم، كان له أن يردّها، فلو نبتت الثنية، أو زال سوادها، ثم سقطت الثنية، ثم

---

(١) وفي (ا) و (ب): "لم يكن له أن يردها".

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٣) من قوله: "لأنه لما انجلى" إلى قوله: "لا يكون له أن يردها" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وفي (ج) و (د): "كان له".

(٥) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٦) في (ج) و (د): "لم يكن".

وجد بها عيبا آخر، له أن يردها بهذا العيب[1].

واستوضح محمد رحمه الله هذا بفصل القصاص، فقال:

رجل قَلَع سِنّ رجل، فاقتصّ منه، ثم نبتت سِنّ المقتص منه، لايقلع ثانيا[2].

ولو لم تنبت سِنّه، ولكن نبت سِنّ المقتص له، فإنه يغرم أرش سنّ القالع الأول[3].

جعل الثانية عين الأولى في حق المقتصّ له حتى بطل وجوب القصاص، ولم يجعل الثانية عين الأولى في حق المقتصّ منه حتى لايقلع ثانيا، لأن القصاص الواجب هو القلع، لاإفساد المنبت؛ لأن إفساد المنبت ليس في وسع البشر، فإذا قلَع صار مستوفيا حقه، فلو قلع السن الثاني بعد ذلك[4] ينتقض الاستيفاء الأول، ويكون زيادة على الجزاء، فلايجوز.

أما المقتصّ له فسبب وجوب القصاص له إفساد المنبت، ولهذا لو انتظر حتى نبت سنه، لايجب شيء لارتفاع الجناية، كما لو حلق شعر إنسان فنبت، لايجب شيء، لأن سبب وجوب القصاص[5] إفساد المنبت، أما القصاص الواجب: ليس هو إفساد المنبت، فكان عليه أن ينتظر، فإذا لم ينتظر، واستوفي القصاص، ثم نبت سنّه، تبين أنه استوفي القصاص بغير حق، ولم يجب القصاص لمكان الشبهة، فيلزمه الأرش[6].

---

(١) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٢) انظر الفتاوى الهندية ٥/ ١١.

(٣) انظر الفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية. ٢/ ١٩٨.

(٤) في (ا) و (ب) و (ج) و (د): "قلع الثاني بعده".

(٥) "وجوب القصاص" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) "الأرش": اسم للواجب على ما دون النفس. «أنيس الفقهاء» ص ٢٩٥.

واستشهد [محمد رحمه الله] (1) بفصل الغصب، فقال:

رجل غصب جارية بيضاء إحدى العينين، أو ساقطة الثنية، أو سوداء الثنية، فزالت العيوب عنده، ثم عادت، فردّها على المالك، لاشيء عليه؛ لأنه ردها كما قبض، فلايضمن شيئا(2)، ولايشبه هذا الحبلَ إذا غصب جارية حبلى، فولدت عنده، وانتقصت بالولادة، وهلك الولد، يضمن نقصان الولادة(3).

فإن حبلت مرّة أخرى، فردها على المالك، يضمن نقصان الحبل الثاني، وإن ردها كما قبض؛ لأن الحبل الثاني غير الأول؛ لأنه حدث بسبب غير الأول، بخلاف البياض ونحوه؛ لأنه لم يعرف حدوثه بسبب حادث، والظاهر أنه عينه حتى لو عاد بفعل حادث يجعل غير الأول.

ولو غصب جارية حاملا، فولدت، وهلكت بالولادة، يضمن قيمتها(4).

ولو غصب جارية فارغة، فحبلت عنده، فردها على المالك، فولدت، وهلكت بالولادة عند المالك، ضمن الغاصب قيمتها(5)، جعل الهلاك في يد المالك مضافا إلى حَبل

وقال النسفي: الأرش: دية الجراحة. «طلبة الطلبة» ص ٣٣٥.

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) قوله: "فلا يضمن شيئا" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: غصب جارية فولدت عنده ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة لأنها دخلت فى ضمانه بجميع أجزاءها وقد فات جزء مضمون منها ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبر بالكل. «المبسوط» ١١/ ٥٨.

(٤) قال الإمام السرخسي: ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها. انظر «المبسوط» ١١/ ٥٨.

(٥) قال الإمام الكاساني: فإن ردها الغاصب حاملا، فماتت فى يد المولى من الولادة، فبقى ولدها، ضمن الغاصب جميع قيمتها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يضمن إلى نقصان

كان عند الغاصب، ولم يجعل الهلاك عند الغاصب في الوجه الأول مضافا إلى حبل كان عند المالك.

والفرق أن الواجب على الغاصب أن يردها كما قبض، فإذا غصبها فارغة، وردّها مشغولة، لم يصح الردّ. فإذا هلكت عند المالك بالولادة، صار كأنها هلكت قبل الردّ، وفي الوجه الأول غصبها مشغولةً، فكان عليه أن يردها كما قبض، ولم يرد، فيضمن قيمتها مشغولة[1].

ولو غصب جارية محمومة، فبرأت من الحمى، ثم حمت، فردّها، فإن علم أنها غير الأولى بأن كانت الأولى غبّا[2]، والثانية ربعا[3]، ضمن النقصان، ولو كانت الثانية غبّا مثل الأولى، لايضمن شيئا[4]؛ لأنه ردها كما قبض، بخلاف الوجه الأول.

فرق بين الحمى والبياض؛ لأن في البياض لايعلم أن الثاني عين الأول أو غيره، ولاكذلك الحمى؛ لأنه متنوّع لتنوّع أسبابه، فلهذا قال: إن علم أن الثانية غير الأولى كان عليه النقصان[5].

ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، وهو يعلم بذلك، فقبضها، فذهب

الحمل خاصة. بدائع الصنائع ١/١٥٦.

(١) مشغولة ساقط من (ا) و (ب).

(٢) الغب بالكسر: عاقبة الشيء كالمغبة بالفتح: ومن الحمّى ما تأخذ يومًا وتدع يومًا وقد أغبته الحمّى وأغبت عليه. القاموس المحيط ١/ ٢٦٢.

(٣) فلان أخضب، وعليه الحمى جاءته ربعًا بالكسر، وقد رُبع كعُنى وأربع بالضم فهو مربوع ومربع، وهى أن تأخذ يومًا وتدع يومين ثم تجيء فى اليوم الرابع. القاموس المحيط ٣/ ٣٥.

(٤) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٩.

(٥) من قوله: فلهذا قال الى: كان عليه نقصان ساقط من (ا) و (ب).

البياض، أو كانت ساقطة الثنية، فنبتت، فضربها المشتري، فعاد بياضها، أو سقطت ثنيتها، ثم اطلع على عيب آخر، لم يكن له أن يردها[1]؛ لأن انجلاء البياض، ونبات السن زيادة -حدثت عند المشتري، وقد حبسها المشتري بالإتلاف، فلايملك الرد، بخلاف ما إذا فات لا بصنعه.

هذا كالمبيعة إذا ولدت ولدا عند المشتري، يمنع الرد بالعيب، فإن هلك الولد ملك الرد، ولو قبله[2] المشتري لايملك الرد، كذلك هنا.

ولو اشترى جارية بيضاء، إحدى العينين تساوي ألفا بألف، فانجلى البياض عن عينها، فصارت تساوي ألفي درهم، فولدت ولدا يساوي ألفا بعد انجلاء البياض أو قبله، فقبضهما المشتري، ثم وجد بأحدهما عيبا، رُدّه بحصته من الثمن.

يعتبر في الانقسام قيمة الأمّ يوم العقد، وقيمة الولد يوم القبض[3]؛ لأن المعتبر في الانقسام[4] قيمة كل واحد منهما يوم صيرورته مبيعا، والولد صار مبيعا مقصودا يوم القبض، أما الأم دخلت في العقد قصدا، فتعتبر قيمتها يوم العقد، ولايلتفت إلى زيادة قيمتها بعد ذلك، لأنها زيادة منفصلة، فلاتعتبر في الانقسام.

فإن لم يقبضهما المشتري حتى ضَرب عينها التي كانت بيضاء عبدٌ يساوي ألفا، فعاد بياضها، ودفع العبد بالجناية، فقبضهم المشتري، ثم وجد بأحدهم عيبا، ردّه بثلث الثمن؛ لأن انجلاء البياض كانت زيادة متصلة، وقد صارت منفصلة، فكان العبد بمنزلة ولد آخر ولدته.

---

(١) انظر الفتاوى الهندية ٣/ ٧٨.

(٢) في (ا) و (ب): "ولو قتله المشتري لا يملك".

(٣) راجع كتاب الأصل المعروف بـ"المبسوط" للشيباني ٥/ ٣١٣.

(٤) "في الانقسام" ساقط من (ا) و (ب) و(ج) و (د).

ويعتبر في الانقسام قيمة العبد يوم قبضه المشتري[1]، لا يوم الدفع بالجناية؛ لأن قبض المشتري له شَبه بالعقد؛ لأنه حكم العقد، فأما الدفع بالجناية ليس من أحكام الجناية[2].

ولو كانت الجارية صحيحة العينين وقت البيع، فولدت ولدا يساوي ألفا، فضرب عبدٌ عينَها، فابيضّت، ودفع العبد بالجناية، يقسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد، وعلى قيمة الولد يوم القبض.

فإذا كانت قيمتها ألفي[3] درهم وقت العقد، وقيمة الولد يوم القبض ألف درهم، كانت حصة الولد ثلث الثمن.

فإن وُجد بالولد عيبا، رده بثلث الثمن، وإن وُجد بالعبد عيبا، رده بنصف حصة الأم؛ لأن العبد المدفوع قام مقام العين، والعين من الآدمي نصفه، فيرده بنصف حصة الأم، قلّت قيمة العبد أو كثرت، إن قلّت قيمته، جعل كأنه تراجع قيمة الأصل، وإن ازدادت قيمته، جعل كأنه ازداد الأصل، وإن وجد بالأم عيبا، ردّها بنصف حصتها من الثمن، لما قلنا.

- والله اعلم بالصواب -

(١) انظر كتاب الأصل المعروف بـ"المبسوط" للإمام محمد ٥/ ٣١٩.

(٢) وفي (ا) و (ب) "البيع" مكان "الجناية".

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الاصل: "ألفا درهم"، وهو خطأ.

باب الهبة للعبد المبيع قبل القبض وبعده وفي الرهن والهبة في المرض والوصية

جمَعَ في الباب بين حكم المكاسب، وحكم الوطء في المبيعة، وختم الباب ببيان مكاسب الوصية.

وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن كسب المملوك[1] الذي لادَين عليه يكون لمالكه[2]؛ لأن الكسب سبب

(١) قوله: "كسب المملوك" ويتعلق به ما يشبه كسبه كما إذا وهب له واتهب أى قبل تلك الهبة. «جامع الرموز» للقهستاني ٤/ ٥٩١.

(٢) والمسألة تعرف بأن المولى يملك كسب عبده المأذون المديون دينًا مستغرقًا لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك.

وجه قولهما: إن رقبة المأذون وإن تعلق بها أحق الغرماء فهما ملك المولى ألا ترى أنه ملك إعتاقه وملك الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن شرط ثبوت الملك للمولى فى كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه، كما لا يثبت للوارث فى التركة المستغرقة بالدين . . . هذا إذا كان الدين محيطًا بالرقبة والكسب، فإن لم يكن محيطًا بهما فلا شك أنه لا يمنع الملك عندهما، لأن الدين المحيط عندهما لا يمنع فغير المحيط أولى. انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٩٩، «تبيين الحقائق» ٥/ ٢١٣.

لثبوت الملك في الأكساب، قال عليه السلام: «الكاسب أحقّ بكسبه»[1]، إلا أن الكاسب إذا كان مملوكا، وأنه ليس من أهل الملك، تعذّر إثبات الملك له، فيثبت الملك لمن هو أقرب الناس إليه، وهو المولى؛ لأنه كسبه من وجه، فكان ملك الكسب حكما لملك الرقبة.

فينظر إلى الكاسب: إن كان مملوكا للمولى[2] ملكا مستقرًا، كان الكسب ملكا لمولاه على وجه التقرر، وإن كان الكاسب[3] موقوفا متردّدا، كان ملك الكسب كذلك، إظهارا للتبعية.

فإن كان في البيع خيار للبائع، فملك الكسب موقوف عند الكل لتوقّف ملك الأصل، إن تمّ البيع بينهما فهو للمشتري[4]، وإن انتقض فهو للبائع[5].

---

(١) لم أهتد لهذا الحديث بهذه الألفاظ رغم بحثي عنه في مظانه من كتب الحديث والآثار، ولكن يستأنس هنا أنه ذكره شمس الدين أبو المظفر يوسف، سبط الإمام ابن الجوزي المتوفي ٦٥٤ هـ في كتابه: «إيثار الأنصاف في آثار الخلاف» تحقيق دكتور عبد الله بن عبد العزيز العجلان، ٣/ ٩٤٧، ويبدو أنه رواية بالمعنى لحديث رواه سعيد بن منصور في سننه عن الحسن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كلّ أحد أحقّ بكسبه من والده وولده والناس أجمعين» وأخرجه البيهقي عن حبان بن أبي جبلة، في باب من قال يجب على الرجل مكاتبة عبده... من كتاب المكاتب، «السنن الكبرى» ١٠/ ٣١٩. كما ذكره العلامة فخر الدين الزيلعي في «تبيين الحقائق» بلفظ: «كل الناس أحق بكسبه» ٥/ ٢٣٤، وانظر «المغني» ٨/ ٢٧٢.

(٢) "للمولى" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ا) و (ب) "وان كان ملك الكاسب".

(٤) راجع «البحر الرائق» ٨/ ٨٧.

(٥) انظر «مجمع الضمانات» ص٢٤١.

وفي البيع البات إذا حدث الكسب قبل القبض، توقف حكمه عند أبي يوسف ومحمد، إن تقرر البيع بالقبض، يكون للمشتري . وإن انتقض المبيع[2] بينهما بهلاك المبيع ونحوه، يكون للبائع، كما في البيع الفاسد والغصب وغير ذلك، لتردد حال الأصل؛ لأن تمام البيع في الملك يتعلق بالتسليم.

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الأكساب يكون[3] للمشتري[4]؛ لأن الكاسب مملوك للمشتري[5]، وليس لغيره فيه سبب الملك، فكانت الأكساب ملكا له، كالحادث بعد القبض.

وأصل آخر: أن أحد العاقدين[6] إذا أتلف[7] كسب المبيع قبل القبض، إن كان ملكا للمتلف، لا يضمن؛ لأنه أتلف ملك نفسه[8]، وإن كان ملكا لغيره، فإن كان الأصل مضمونا على المتلف بالثمن، لا يضمن الكسب؛ لأنه لا وجه إلى أن يجعل الكسب مضمونا

---

(١) راجع «مجمع الضمانات» ٢٤١ و«البحر الرائق» ٨/ ٩٩.

(٢) في (ا) و (ب) "انتقض البيع".

(٣) "يكون" ساقط من (ج).

(٤) راجع «البحر الرائق» ٨/ ٨٧.

(٥) وفي (ج) و (د): "الكاسب ملكه".

(٦) وفي (ا) و (ب) "المتعاقدين".

(٧) تَلِفَ كفرح، هلك، وأتلفه أفناه وكمقعد المهلك والمفازة وذهبت نفسه تَلَفًا وطَلَفًا هَدَرًا. «القاموس المحيط» ٣/ ١٧٨.

(٨) انظر «البحر الرائق» ٨/ ٨٨.

بالثمن؛ لأنه لاقسط[1] له من الثمن بالإجماع، ولو جعلنا الكسبَ مضمونا عليه بالقيمة[2]، يصير التبع مخالفا للأصل.

وإن كان الأصل مضمونا علي المتلف بالقيمة، فأتلف الكسبَ[3]، يضمن إذا لم يكن الأصل في يده. وإن كان الأصل في يده، عند أبي حنيفة: لايضمن الكسب، وعندهما: يضمن، لما نذكر بعد هذا.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى جارية، ولم يقبضها حتى وهب لها هبة، أو أغلت غلّةً، ثم انتقض البيع بينهما بهلاك الجارية، أو ردّها بخيار رؤية أو عيب، فالهبة والغلة للمشتري عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد[4] إن تم البيع بينهما بالتسليم، يكون للمشتري، وإن انتقض، يكون للبائع[5].

---

(١) وفي (ا) و (ب) "لا خط له".

(٢) وفي (ا) و (ب) "ولو جعلنا مضمونا بالقيمة".

(٣) "فأتلف الكسب" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "عندهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قال في "«الفتاوى الهندية»": وإن كانت منفصلة غير حادثة منه كالكسب والهبة فإنها لا تمنع الرد، فإذا ردّه فالزيادة تكون للمشترى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ولا تطيب له، وعندهما الزيادة للبائع ولا تطيب له أيضًا. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٧.
وذكر البغدادي الأصل لأبي حنيفة بأن الزيادة فى البيع البات للمشتري، تمّ البيع أو انفسخ، وفي البيع مع الخيار موقوفة، إن تمّ البيع فللمشتري، وإن انفسخ فللبائع، وهذا إذا حدثت الزيادة قبل القبض. انظر «مجمع الضمانات» ص ٢١٩ و٢٤١.

وعلى هذا الخلاف إذا اصطادَت، أو أجّرت نفسها، أو احتطبت، والصداق، إذا اكتسب أكسابا قبل القبض[١]، ثم عادت إلى ملك[٢] الزوج بفرقة جاءت من قِبلها قَبل الدخول.

لهما: إن هذا كسبٌ حَدَث حال توقّف ملك الأصل؛ لأن ملك الأصل[٣] لايتمّ قبل القبض، فإذا انفسخ صار كأن لم يكن، ولهذا يعود إلى البائع بزوائده المتصلة والمنفصلة[٤]، فيعود بأكسابه، فكان بمنزلة كسب المغصوب[٥] [والمبيع بيعا فاسدا]،[٦] إن ضمن الغاصب، يكون للغاصب، وإن استردّ يكون للمالك[٧].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن هذا كسب حدث حال قرار ملك المشتري؛ لقيام سبب الملك له، وانعدام السبب لغيره، فيكون له، كالحادث بعد القبض[٨].

و[أما][٩] قوله: "إذا انفسخ البيع صار كأن لم يكن". [قلنا][١٠]: ليس كذلك، بل

---

(١) وفي (ا) و (ب) "قبل الدخول".

(٢) "ملك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ا) و (ب) "حال توقف الملك في الأصل، لأن الملك في الأصل لايتم".

(٤) راجع «المبسوط» للسرخسي ١٣/ ٢١.

(٥) راجع بدائع الصنائع ٧/ ١٦٠.

(٦) مابين المعكوفتين مثبت من (ج)، وفي الأصل: "والبيع الفاسدا".

(٧) راجع «المبسوط» للسرخسي ١٣/ ٢٢.

(٨) انظر «مجمع الضمانات» ص ٢٤١.

(٩) زيادة من المحقق لوضوح وارتباط سلسلة الكلام.

بالانفساخ يعود إلى ملك البائع مقصورا على الحال، ولايظهر أنه لم يكن للمشتري، فلايعود الكسب إلى ملك البائع.

كالموهوبة إذا اكتسبت أكسابا عند الموهوب له، ثم رجع الواهب في الهبة، بخلاف المغصوبة؛ لأن الغاصب يملكها[1] بأداء الضمان من وقت الغصب.

ألا ترى أن الغاصب إذا باع، ثم ضمن، ينفذ[2] بيعه، والبائع لو باع من غيره، ثم انفسخ البيع الأول، لاينفذ البيع الثاني.

بخلاف الأولاد؛ لأن الولد جزء من أجزاءها، لو أمسكه بعد انفساخ البيع بدون الثمن، يكون مبيعا بلاثمن، فيكون ربا[3]، ولا وجه إلى أن يمسكه بشيء من الثمن؛ لانفساخ البيع في الأصل بجميع الثمن، أما الكسب ليس من أجزاء المبيع، فكان له أن يمسكه بدون الثمن.

فإن لم يقبض الجارية، ولم ينتقض البيع بينهما، فأتلف أحدهما الكسب والغلة، لاضمان عليه، تمّ البيع بينهما أو انتقض، أما إذا أتلفه المشتري؛ فلأنه أتلف ملكَ نفسه على كلّ حال عند أبي حنيفة[4].

---

(١٠) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(١) راجع «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٠.

(٢) وفي (ج) و (د): "ينفك"، وهو خطأ.

(٣) الربا: الفضل والزيادة، وشرعًا: وهو فضل خالٍ عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في معاوضة. (التمرتاشي، القاموس الفقهي ١٤٣)

(٤) انظر «مجمع الضمانات» (٢٤١).

وعندهما إن تمّ البيع فكذلك، وإن انتقض البيع[1] لايضمن أيضًا، وإن أتلف[2] ملك البائع؛ لأن الأصل مضمون على المشتري بالثمن، فلايضمن الكسب بالإتلاف؛ لما ذكرنا، وإن أتلفه البائع، لاضمان عليه، هكذا ذكره في الكتاب، ولم يذكر فيه خلافا.

وهذا الجواب ظاهر على قولهما، فيما إذا انتقض العقد؛ لأنه أتلف ملك نفسه، أمّا إذا تمّ العقد، فهو مشكل على قولهما؛ لأنه أتلف ملك المشتري، وعلى قول أبي حنيفة مشكل على كل حال؛ لأنه أتلف ملك المشتري على كل حال.

قال الفقيه أبو جعفر: ما ذكر في الكتاب قولهما، أمّا على قول أبي حنيفة يضمن البائع على كل حال؛ لأنه أتلف ملك المشتري[3].

وقال غيره من المشايخ: لايضمن عند الكل؛ لأنه وإن أتلف ملك المشتري، لكن أتلَفه في حال، لو أتلف الأصل لايضمن القيمة، بل يسقط الثمن عن المشتري، والكسب لاحصّة له من الثمن، ولو كان الكسب مضمونا عليه بالقيمة، كان التبع مخالفا للأصل.

هذا إذا حدث الكسب قبل القبض، فإن حدث عند المشتري، ثم انتقض البيع بينهما بخيار رؤية، أو شرط، أو عيب، سلّم الكسب للمشتري؛ لأنه حدث في ملكه وضَمانه، فيكون له[4]؛ لقوله عليه السلام: «الخَراج بالضّمان»[5] في عَين هذه الحادثة[6]، والخَراج

---

(١) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «مجمع الضمانات» ص ٢٤١.

(٣) راجع «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٤.

(٤) في "«الفتاوى الهندية»": ولو باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فاكتسبت اكتسابًا عند البائع أو عند المشترى أو ولدت أولادًا فإن الكل يدور مع الأصل إن تم البيع بينهما يكون للمشترى وإن

هو الغلّة[1]،

ولما ذكرنا من المعنى، فإن أتلفه المشتري، ثم انتقض البيع بينهما لا يضمن؛ لأنه أتلف

انفسخ بينهما يكون البائع. ٣/ ٤٧، وانظر «مجمع الضمانات» ص٢١٩ و٢٢٤ و ٢٤١.

(٥) هذا الحديث من قبيل جوامع الكلم، ومن القواعد التي بنيتها من نصّ الحديث النبوي، ثم أجراها الفقهاء مجرى القواعد الفقهية، لشمولها كثيرا من الأحكام الشرعية العملية. واشتهرت عند الفقهاء بنفس الصيغة كقاعدة عامة، انظر: «مجلة الأحكام العدلية» مادة: ٨٥، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي، ص١٣٥، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم، ص١٧٥.

(٦) إشارة إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها: أن رجلا اشترى عبدا فاستغلّه، ثم وجد به عيبا فردّه، فقال: يارسول الله! إنه قد استغلّ غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان». أخرجه ابن ماجة في سننه، في التجارات، باب الخراج بالضمان، الحديث: ٢٢٤٣. وأخرجه أبرداود في البيوع والإجارات، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد عيبا، الحديث: ٣٥١٠. وأخرجه الترمذي في سننه، في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، الحديث: ١٢٨٦. وأخرجه أحمد في مسنده ٦/ ٤٩ و٢٣٧، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣٢١ و٣٢٢، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/ ١٥٠، وانظر: «تلخيص الحبير» لابن حجر ٣/ ٢٢.

(١) قال الزركشي في بيان هذه الكلمة الجامعة والقاعدة النفيسة: "ما خرج من الشيء من عَين ومنفعة وغلّة، فهي للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغُنم في مقابلة الغُرم". «المنثور في القواعد» للزركشي، ٢/ ١١٩. و خلاصة ذلك "أن الشيء الذي مؤنته على إنسان، وإذا تلف يكون تلفه عائدا عليه، يقال لذلك الشيء إنه في ضمانه، وفي مقابل هذا تكون منافعه خاصة به، سواء انتفع بها بنفسه أو تناول غلّتها". انظر شرح المجلة، للشيخ محمد طاهر الأتاسي، ١/ ٢٤١.

ملك نفسه.

وإن أتلفه البائع ضمن؛ لأنه أتلف ملك الغير في حال لو أتلف الأصل يضمن قيمته.

فرق بين الكسب والولد، جعَل الولد الحادث بعد القبض مانعا من الردّ بالعيب[١]، بحكم العيب ولم يجعل الكسبَ الحادث بعد القبض مانعا من الردّ.[٢]

والفرق ما عرف أن الولد مال متقوّم، جزء من أجزاء المبيع، ملك حكما للبيع، فكان مبيعًا، إلاأنه مبيع لم يرد عليه البيع، ولامالَه شَبه بالبيع، فلايرد عليه الفسخ، وليس له قسط من الثمن، فلو ردّ الأصل لرُدّ بجميع الثمن، فبقى الولد ربا.

أما الكسب: ما ملك حكما للبيع؛ لأنه ليس من أجزاء المبيع، فلايكون مبيعا أصلا، فلو ردّ الأصل بجميع الثمن لايؤدّي إلى الربا.

وإن حدث الكسب قبل القبض، ثم قبضه المشتري مع الأصل، ثم انتقض البيع[٣] بينهما بخيار الرؤية، أو خيار العيب، فالكسب للمشتري في قول أبي حنيفة، كما لو انتقض البيع بينهما قبل القبض[٤]، وعلى قولهما يدور مع الأصل؛ لأنه حدث حال تردّد

---

(١) وفي (ج) و (د): "بالعيب".

(٢) في "الفتاوى الهندية": وأما الزيادة المنفصلة فنوعان أيضًا متولدة من المبيع كالولد والثمر وما هو في معناهما كالأرش والعقر وإنها تمنع الرد بالعيب والفسخ بسائر أسباب الفسخ عندنا. ٣/ ٧٧.

(٣) وفي (ج) و (د): "بخيار روية أو عيب".

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٧ و٣/ ٤٨، وهكذا في مجمع الضمانات ٢٤١.

مالك الأصل، فيدور مع الأصل[١].

فإن أتلفه المشتري لايضمن عند أبي حنيفة على كل حال[٢]؛ لأنه أتلف ملك نفسه.

وعندهما إن تمّ العقد فكذلك، وكذا إذا انتقض، وإن إتلف ملك البائع حال انتقاض العقد[٣]؛ لأنه لو أتلف الأصل لايضمن القيمة، فلايضمن الكسب.

وإن أتلفه البائع يضمن[٤]، أمّا على قول أبي حنيفة؛ فلأنه أتلف ملك المشتري، وأمّا عندهما إن تمّ العقد فظاهر؛ لأنه أتلف ملك المشتري في حال لو أتلف الأصل ضمن قيمته، وإن انتقض العقد ضمن أيضًا.

وإن أتلف الكسب في حال لو كان قائما يردّه على البائع مع الأصل؛ لأن عندهما الكسب تَبع للأصل، وبعد القبض الأصل مضمون على البائع بالقيمة، فكذا الكسب.

وإن كان في البيع خيار لأحدهما، فإن كان الخيار للبائع، وقبضه المشتري، فأغلت غلّة، فالكسب يدور مع الأصل[٥]، تمّ البيع أو انتقض.

---

(١) «مجمع الضمانات» ٢٤١.

(٢) انظر «مجمع الضمانات» ٢٤١.

(٣) "حال انتقاض العقد، لأنه" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) انظر «مجمع الضمانات» ٢٤١.

(٥) جاء في "«الفتاوى الهندية»": ولو باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فاكتسبت اكتسابا عند البائع أو عند المشترى أو ولدت أولادًا فإن الكل يدور مع الأصل اهـ انظر ««الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٧ ومجمع الضمانات ص ٢٤١.

منهم من قال: هذا قول أبي يوسف ومحمد[1]، أمّا على قول أبي حنيفة: الكسب يكون للبائع على كل حال، لأن خيار البائع يمنع زوال العين المبيع عن ملكه[2]، فكان الكسب حادثا على ملكه ملك البائع.

والصحيح: أن هذا قول الكل؛ لأنه حدث على ملك البائع، وللمشتري فيه سبب الملك، فيتوقّف كأكساب الغصب.

فإن استهلكه المشتري، فإن تمّ البيع بينهما، لايضمن عندهما؛ لأنه أتلف ملك نفسه، وكذلك على قول أبي حنيفة[3] على القول الصحيح، وكذلك على قوله الآخر، لما نذكر[4].

وإن انتقض البيع بينهما، يضمن قيمة الكسب عندهما؛ لأنه أتلف الكسب في حال لو أتلف الأصل يضمن قيمته، فيضمن الكسب[5]، وعند أبي حنيفة لايضمن الكسب؛ لأنه أتلف الكسب في حال كان الأصل في يده مضمونا عليه بالقيمة، وهذا يمنع ضمان الكسب عنده.

أصله: الغاصب إذا أتلف كسب المغصوب، ثم ردّ المغصوب على المالك، عندهما

---

(1) في (ج) و (د): "هذا قولهما".

(2) راجع «الهداية» ٣/ ٣٠، وأيضًا «البحر الرائق» ٩/ ٨.

(3) وفي (ج) و (د): "وعند أبي حنيفة كذلك".

(4) راجع «مجمع الضمانات» ص ٢٤١.

(5) "فيضمن الكسب" ساقط من (ا) و (ب).

يضمن الكسب، وعند أبي حنيفة لا[1] يضمن، حتى لو كان الكسب قبل القبض، فأتلفه المشتري، ثم انتقض البيع[2] بينهما، ضمن الكسب عند الكل[3].

أمّا عندهما فظاهر، وأمّا عند أبي حنيفة: فلأنه لو أتلف الأصل، يضمن قيمته، والأصل ليس في يده، فيضمن الكسب.

وإن أتلفه البائع، لايضمن، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، أمّا إذا انتقض البيع، بينهما فلأنه أتلف ملك نفسه، وإن تمّ البيع بينهما، فلأنه أتلف ملك المشتري في حال لو أتلف الأصل، لايضمن، فكذا الكسب.

وإن اكتسبت أكسابا، أو أغلّت غلةً، ولم يتلفه أحدهما، فأسقط البائع خياره، وأتمّ البيع، وسلّمها إلى مشتري، كان الكسب للمشتري تبعًا للأصل[4].

ويتصدق به؛ لأنه ربح حصل في ملك الغير لا في ضمانه، وان انتقض البيع فهو للبائع، ولا يتصدق به، لانه ربح ملكه[5] حصل في يده، حتى لو حصل في يد المشتري، يتصدّق

(١) انظر «مجمع الضمانات» ص ١٣٠.

(٢) في الأصل: تكرار البيع.

(٣) وفى "مجمع الضمانات": ومكسوب المبيع وموهوب له قبل القبض للمشترى، تم البيع أو انتقض عند أبى حنيفة، وعندهما إن تم فللمشترى، وإن انتقض فللبائع، وأيهما استهلكه لم يضمن لأنه تبع للكاسب وليس بمبيع، فلا يمكن تضمينه. ص ٢٤١.

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٧، ٧٧ و «مجمع الضمانات» ص ٢٤١.

(٥) سقطت العبارة من قوله: "ربح حصل في ملك الغير" في (ج) و (د).

به[1]؛ لأنه ربح حصل في ضمان للمشتري.

وإن رد الجارية[2] في هذه الصورة بعيب، ردّها مع الكسب[3]؛ لأن الكسب حصل حالة التردد، فيدور مع الأصل.

وإن كان أتلف الكسب، ردّ الجارية بجميع الثمن؛ لأنه لا قسط للكسب من الثمن، فلا يسقط شيء من الثمن، وإتلاف الكسب بعد العلم بالعيب، لا يكون رضًى بالعيب، ولا يسقط شيء من الثمن.

وكذا لو كان الكسب عبدا، فأعتقه، أو دبّره، أو كانت جاريةً، فوطئها في البيع الباتّ مع العلم بالعيب[4]، لا يصير راضيا بالعيب، بخلاف الولد، فإن الجارية إذا ولدت ولدا في البيع الباتّ، فاستهلكه المشتري، أو أعتقه مع العلم بالعيب، يصير راضيا بالعيب؛ لأنه جزء من أجزاء[5][6] المبيع، فكان حبسه كحبس الكل.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٩٨ وأيضًا «البحر الرائق» ٨/ ٨٧.

(٢) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في "مجمع الضمانات": وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالهبة والصدقة والكسب لا تمنع الرد فإذا رده فالزيادة للمشترى بغير ثمن ولا تطيب له، عند أبى حنيفة. ص (٢١٩)
وفيه أيضًا: الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل لا تمنع الرد بالعيب كالكسب والغلة وتسلم للمشترى ولا يضر حصولها له مجانًا لأنها لم تكن جزءً من المبيع فلم يملكها بالثمن وإنما ملكها بالضمان لأنه قبل الرد كان فى ضمانه ولو هلك هلك من ماله وبمثله يطيب الربح لحديث الخراج بالضمان. «مجمع الضمانات» ص٢٢٤

(٤) البيع الباتّ: البيع القطعى. (القاموس الفقهى ٤٤)

(٥) ساقط من (ا) و (ب).

أما الكسب: ليس [بجزء[1]][2] من أجزاء المبيع، فلايصير حابسًا بعض المبيع، فلايصير راضيا بالعيب، كمن اشترى شيئين، وقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبا، ثم تصرّف في الآخر، كان له أن يردّ المعيب.

هذا إذا كان الخيار للبائع، فإن كان الخيار للمشتري، فحدث الكسب بعد القبض، كان الكسب للمشتري، تمّ البيع بينهما[3][4]، أو انتقض[5].

وإن أتلفه المشتري، لايضمن، تمّ البيع أو انتقض، وإن أتلفه البائع، ضمن في الوجهين[6]، هكذا ذكر في الكتاب، ولم يذكر فيه خلافا.

من المشايخ من قال: هذا قولهما؛ لأنّ عندهما خيار المشتري، لايمنع دخول السّلعة في ملكه[7]، فكان خيار الشرط عندهما بمنزلة خيار الرؤية والعيب عند الكل، وثمّة الكسب الحادث بعد القبض يكون للمشتري[8][9] على كل حال، وإن أتلفه المشتري،

(٦) "من أجزاء" ساقط من (ج) و (د).

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٣) ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "بينهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) انظر مجمع الضمانات (٢٤١).

(٦) انظر مجمع الضمانات (٢٤١).

(٧) «الهداية» ٣/ ٣٠، وأيضًا «البحر الرائق» ٩/ ٨.

(٨) وفي (ج) و (د): "ملك المشتري".

لايضمن، وإن أتلفه البائع، يضمن، فكذلك ههنا.

فأما عند أبي حنيفة: ملك الأصل موقوف، فكذا الكسب، فإن أتلفه المشتري، وتمّ البيع بينها[1] لايضمن؛ لأنه أتلف ملك نفسه، وكذا إذا انتقض البيع؛ لأنه أتلف الكسب في حال لو أتلف الأصل، لايضمن.

وإن أتلفه البائع، إن تمّ البيع بينهما، يضمن؛ لأنه أتلف ملك المشتري في حال لو أتلف الأصل يضمن قيمته، فكذلك الكسب، وإن انتقض البيع بينهما[2]، لايضمن؛ لأنه أتلف ملك نفسه.

وعلّل محمد رحمه الله في الكتاب، لإيجاب الضمان على البائع بإتلاف الكسب في هذه المسألة، فقال: لو استهلك البائع شيئًا منها، يعني من الجارية، ضمن ذلك المشتري، ويبطل خيار المشتري، وتمّ البيع، فكذا إذا استهلك الكسب ضمن ذلك المشتري[3]، وهو في استهلاك الكسب، كسائر الأجانب.

وذكر في "كتاب الشرب"[4]: إذا كان الخيار للمشتري، فقطع البائع يد الجارية المبيعة في يد المشتري في مدة الخيار، سقط خياره في قول أبي حنيفة، ولم يسقط في

---

(٩) رجاء في (ج) و (د): "ملك المشتري".

(١) ساقط من.

(٢) "بينهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "فكذا إذا استهلك الكسب ضمن ذلك المشتري" لم يرد في (ج) و (د).

(٤) كتاب الشرب من «كتاب الأصل» للإمام محمد رحمه الله، وهذه الحصة لم تحظ بالنشر إلى الان.

قول محمد، وعن أبي يوسف روايتان[1].

وأجمعوا على أنه لو قطع البائع قبل القبض لايسقط خيار المشتري[2].

وأجمعوا على أنه لو قطعها أجنبيّ يسقط خياره[3].

من المشايخ من قال: ما ذكر في "الزيادات" قول أبي حنيفة خاصة، ومنهم من قال: لا، بل هذا قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن هذا الكتاب تصنيف محمد، فيكون عن محمّد روايتان.

وجه رواية كتاب الشرب: أنّ شرط الرد بحكم الخيار، أن يردّ كما قبض، ولم يعجز المشتري عن ذلك؛ لأن البائع اشترى الجزء الهالك بجنايته، والمشتري ردّ الباقي، فتحقّق رد الكل، بخلاف ما إذا قطعها أجنبيّ؛ لأن ثمّة لم يوجد ردّ الجزء الغائب، فعجز المشتري عن ردّها كما قبض، فسقط خياره ضرورة.

وجه رواية هذا الكتاب: أن البائع بعد القبض بمنزلة الأجانب؛ لانقطاع ملكه ويده، ولهذا لو استهلكها، أو استهلك جزءًا منها ضمن، ولو جنّى عليها أجنبيّ سقط خيار المشتري، فكذا إذا جنّى البائع.

وقوله: "إن البائع صار مستردّ الجزء الفائت"، فليس كذلك؛ لأنه لو صار مستردًّا، لايضمن قيمته، كما لو كان الخيار له، بخلاف ما لو قطع البائع يدها قبل القبض، حيث لايسقط خيار المشتري، ويملك الردّ؛ لأنه احتبس عنده بعض المبيع، وسقطت حصّتها من

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٠.

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٠.

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٠.

الثمن، فكان له أن يردّ الباقي.

ولو استهلك الكسب المشتري[1]، لايضمن؛ لأنه لو استهلك المشتري الأصل، لايضمن، و لايسقط خياره، وكان له أن يردّها بخياره؛ لأنه لم يعجز عن ردّ المبيع، كما قبض.

وحُكي عن ابن سَماعَة[2] أنه كتب إلى محمد رحمهما الله حين كان بالرقة، يستَفرِقه بين هذه المسألة، ومسألة الشفعة: إذا اشترى دارا على أنه بالخيار، فبيعت دار بجنبها، فأخذها المشتري بالشفعة، سقط خياره[3]، وباستهلاك الكسب، لايسقط خياره.

فكتب في جوابه: أن الأخذ بالشفعة، يستدعي ملكا متقرّرا فيما يستحق به الشفعة، ولهذا لو باع داره قبل أن يأخذ الأخرى بالشفعة، بطلت شفعته، فكان إقدامه على الأخذ بالشفعة تقريرا للملك فيما يستحق به الشفعة، وذلك لايكون إلا بإسقاط الخيار.

أما سلامة الكسب، لايستدعي ملكا متقررا في الأصل، ألاترى أنّ المشتري لو ردّ الأصل بحكم الخيار، يسلّم له الكسب، فاستهلاك الكسب لايكون تقريرا لملك الأصل، فلايسقط خياره.

فلو أن المشتري بعد ما قبض الجارية فسخَ البيعَ بخيار شرط، أو رؤية، أو عيب، بقضاء أو رضى، أو تقايلا[4]، ولم يدفعها إلى البائع، حتى اكتسبت أكسابا، فالمشتري في

---

(١) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٢) هو محمد بن سَماعَة بن عبيد الله التميمي، تلميذ الإمام الشيباني، وتقدم ترجمته في ص ٨٥.

(٣) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٢٠ و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٠.

(٤) قال يقيل قيلا وقيلولة: نام نصف النهار، والقائلة وقت القيلولة، وقد تطلق على القيلولة،

هذه الحالة بمنزلة البائع قبل التسليم فيما تقدم، والبائع في هذه الحالة بمنزلة المشتري قبل القبض فيما تقدم في جميع الأحكام؛ لأنه لما انفسخ البيع بينهما، صار الملك للبائع، وبقي اليد للمشتري، فكان المشتري بمنزلة البائع، فيما تقدم[1].

هذا كله إذا اكتسب المبيع بنفسه، وإن أجره البائع، أو المشتري في هذه الوجوه، فالأجر لمن أجره؛ لأنه وجب بعقده، والغاصب لو أجر المغصوب، كان الأجر له، فهنا أولى.

رجل أشترى جاريةً، ولم يقبضها حتى وطئها المشتري، وهي بكر، أو ثيّب، فلاعقر عليه[2]؛ لأنه وطئ ملك نفسه، ويصير قابضًا لها بالاستيلاء عليها، وللبائع أن يستردّها لاستيفاء الثمن؛ لأنه كان له حق الحبس لاستيفاء الثمن، فكان له حق الاسترداد[3].

فإن هلكت الجارية قبل أن يُحدث البائع منعا، هلكت من مال المشتري؛ لأنها هلكت بعد القبض.

وإن هلكت بعد ما أحدث البائع منعًا، هلكت من مال البائع؛ لأنه[4] صار

وأقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد وقاله قيلا من باب باع لغةً واستقاله البيع فأقاله. «المصباح المنير» القاف مع الياء ٥٢١.

(١) "فكان المشتري بمنزلة البائع فيما تقدم".

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٦.

(٣) راجع المرجع السابق.

(٤) كذا في (ج)، وفي الأصل: "لأن البائع".

مستردًا[1] بالمنع بعد الوطئ، فانتقض قبض المشتري، وصار كأن لم يكن.

ثم ينظر إن كان لم ينقصها وطئ المشتري، سقط عن المشتري جميع الثمن؛ لأن المستوفى ليس بمال، فلم يحبس شيئا يقابله الثمن، فيسقط عنه جميع الثمن.

وإن كانت بكرا لزمته حصّة البكارة من الثمن، ويسقط الباقي، يُقسَم الثمن على نقصان البكارة، وعلى قيمتها ناقصة، فما أصاب نقصان البكارة يتقرّر على المشتري، ويسقط الباقي؛ لأن البكارة في حكم مال متقوّم يستحق بالشرط، حتى لو اشترى جارية على أنها بكر، فوجدها ثيبا، كان له أن يردّها، وإن تعذّر الرد، يرجع بالنقصان.

وبمثله لو اشترى جارية ثيبا بشرط أن لايطأها البائع، ثم علم أنه كان وطئها قبل البيع، لم يكن له أن يردّها[2]، فبهذا يظهر الفرق بينهما.

وشبّه في الكتاب بالراهن، إذا وطئ [الجاريةَ][3]المرهونة، إن كانت بكرا، غرم نقصان البكارة للمرتهن، يكون رهنا عنده مع الجارية[4]، وإن كانت ثيبا لم ينقصها وطء الراهن، لا يضمن شيئا، ولا عقر عليه[5].

وقد قال مشايخنا: إن الراهن إذا وطئ المرهونة، يلزمه العقر، ويكون رهنا عند المرتهن؛ لأنه زالت يد الراهن عنها إلى غيره مع بقاء الملك، فكانت بمنزلة المكاتَبة، والمولى

---

(١) استرده: استرجعه فلان الشيء سأله أن يرده عليه. (القاموس الفقهي ١٤٧)

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٥.

(٣) مابين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٤) من قوله: "إن كانت بكرا، غرم" ساقط من (ج) و (د).

(٥) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٨٤.

إذا وطئ المكاتبة، يلزمه العقر، وهذا ليس بصحيح.

والفرق بينها وبين المكاتبة، إن الراهن أوجب[1] للمرتهن يد الاستيفاء، ويد الاستيفاء لاتثبت إلا على ما يتصوّر منه الاستيفاء، وهو المال، والبُضع ليس بمال، فلايثبت عليها يد المرتهن، بخلاف الكتابة؛ لأن المولى بعقد الكتابة ما أوجب اليد للمكاتب، بل أزال يد نفسه عن المكاتب[2]، فظهرت يدها، وهي يد الحرية، ويد الحرية يد عامّة تظهر في حق المال وغير المال، فيغرم[3] عقر المكاتبة.

ولو أن البائع استردّ الجارية، ثم استوفى الثمن، ودفعها إلى المشتري، فوجد المشتري بها عيبًا، وقد كان المشتري وطئها وهي ثيب لم ينقصها وطؤها[4]، ردّها من غير رضى البائع بجميع الثمن[5]؛ لأن البائع لما استردها، بطل حكم وطئ المشتري، وصار ذلك كعيبٍ حدث عند المشتري بآفة سماويّة، فإذا استردّ البائع، بطل حكمه أصلا.

وإن كان البائع هو الذى وطئها، وهي بكر أو ثيب، لايجب عليه العُقر في قول أبي

---

(١) وفي (ج) و (د): "أثبت".

(٢) وفي (ج) و (د): "المكاتبة"، وهو خطأ.

(٣) غرم يغرم: غرم فلان غرمًا وغرامة، لزمه ما لا يجب عليه، ويقال: غرم الدية، والدين أداهما عن غيره، الغارم الذى يلتزم ما ضمنه وتكفل به. والغرام: التعلق بالشيء تعلقًا لا يستطاع التلخص منه، والعذاب الدائم، وفى القرآن الكريم ﴿والذين يقولون ربنا اصرف عنا عذاب جهنم إن عذابها كان غرامًا﴾ الفرقان: ٦٥. القاموس الفقهى ٢٧١.

(٤) وفي (ج) و (د): "لم ينقصها الوطء".

(٥) راجع «البحر الرائق» ٥/ ٤٨.

حنيفة، غير أنها إن كانت بكرا، تسقط حصّة البكارة من الثمن عن المشتري[1]، وله الخيار فيما بقى، كما لو أتلف جزأ منها[2].

وإن كانت ثيبا، لم ينقصها الوطء، لايسقط شيء من الثمن عن المشتري، ولاخيار للمشتري[3]، هكذا ذكر هنا، وفي البيوع من "الأصل".

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: أن له الخيار، وبه أخذ بعض المشايخ.

أمّا الكلام في الخيار: فوجه تلك الرواية أن المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين، فَفَواته يثبت الخيار للمشتري، وإن كان لا يقابله شيء من الثمن، كما لو فات جزء من أجزاءها عند البائع لابصِنُع أحد.

وجه ظاهر الرواية أن المستوفى بالوطء، وإن كان في حكم الجزء، لكنه جزء لايستحق بملك الأصل، ولهذا لو اشترى جارية، ولم يعلم أن البائع وطئها، ثم علم بعد ذلك، لاخيار له، عُلم أن هذا الجزء لايستحق بملك الأصل، ففَواته لايوجب الخيار للمشتري، ووطء البائع لايُعَدّ عيبا قبل البيع، فلايُعدّ عيبا قبل القبض.

وأما الكلام في العقر[4]:

---

(١) «المبسوط» للسرخسي ١٣/ ٩٦، و «الفتاوى الهندية» ٥/ ١١٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٤٨.

(٢) راجع «المبسوط» للسرخسي ١٣/ ٩٥.

(٣) وكذلك البائع إذا وطئ المبيعة قبل القبض، فإن كانت ثيبًا لم يسقط شيئًا من الثمن، ولا يتخير المشترى به فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. «المبسوط» للسرخسى ١٣/ ٩٥.

(٤) راجع بدائع الصنائع ٧/ ٢٠٠ أيضًا تبيين الحقائق ٥/ ٢١٣.

عندهما : يجب العقر[1] على البائع ، بكرا كانت أو لم تكن ؛ لأن هذا وطئ حصل في ملك الغير ، فلايخلو عن غرامة أو عقوبة ، وقد انتفت العقوبة ههنا لأجل الشبهة[2] ، فتعيّنت الغرامة .

ولأبي حنيفة : أن المستوفى بالوطئ جزء ، فلايخالف سائر الأجزاء .

ولو أتلف البائع جزءا منها قبل القبض ، لايضمن قيمته ، فكذا إذا أتلف هذا الجزء لايضمن قيمته ، ولايسقط شيء من الثمن ؛ لأنه ليس بمال ، فلايقابله الثمن .

وإذا ثبت أنه لايجب العقر بوطئ البائع في قول أبي حنيفة[3] ، وعندهما يجب ، بعد هذا لايخلو : إمّا إن كانت الجارية بكرا ، أو ثيبا ، فإن كانت ثيبا لاينقصها الوطئ عند أبي حنيفة ، لايسقط شيء من الثمن .

وعندهما تسقط حصّة العقر من الثمن ؛ لأن العقر وإن وجَب على البائع لايستوفي منه ؛ لأن الجارية في ضمانه ، ولو جَنى البائع عليها جناية أخرى ، لايستوفي منه ضمان الجناية ، بل تسقط حصّته من الثمن ، كذلك هنا .

فإن كانت قيمتها ألفا ، وعقرها مائة ، يقسم الثمن على أحد عشر جزءا ، فيسقط عن

---

(١) العقر : أصل كل شيء وفي الحديث الشريف : «عقر دار الإسلام الشام» أي أصله وموضعه ، كأنه أشار إلى وقت الفتن ، أي تكون الشام يومئذ في أمن منها وأهل الإسلام بها أسلم الدار وسطها . دية فرج المرأة إذا غصبت نفسها ، ثم استعمل في المهر . (القاموس الفقهي ٢٥٧)

(٢) وفي (ج) و (د) : "للشبهة" .

(٣) راجع بدائع الصنائع ٧/ ١٩٩ .

المشتري سهم[1]، ويكون له الخيار، إن شاء أخذها بعشرة أجزاء من أحد عشر جزءً من الثمن، وإن شاء ترك.

وإن كانت بكرا، عند أبي حنيفة تسقط حصة البكارة من الثمن، من غير اعتبار العُقر، ويأخذ الباقي[2] إن شاء.

وعندهما: ينظر إلى العقر، وإلى نقصان البكارة، فأيّهما كان أكثر، يدخل الأقل فيه، ويقسّم الثمن على الأكثر منهما، وعلى قيمة الجارية ناقصة، ولايعتبر الأمران؛ لأن المضمون واحد، وهو منفعة البضع، فلايتكرّر ضمانه، كمن شجّ[3] رأس إنسان، فتناثر شَعره، فإنه لايجمع بينهما، كذلك هنا.

فإن كان نقصان البكارة مائة، والعُقر مائتين، دخل النقصان في العقر، فيقسم الثمن على قيمة الجارية ناقصة، وذلك تسعمائة، وعلى العقر، وذلك مائتان؛ لأنا اعتبرنا المائة

---

(١) السهم: النصيب والجمع أسهم وسهام وسهمان بالضم أسهمت له بالألف أعطيته سهمًا ساهمته مساهمة بمعنى قارعته مقارعة استهموا اقترعوا والسهمة وزان غرفة النصيب وتصغيرها سهيمة وبها مسمى ومنها سهيمة نبت عمير المزنيّة امرأة يزيد بن ركانة التى بت طلاقها والسهم من النبل وقيل: السهم نفس النصل. (المصباح المنير ٢٩٣)

(٢) وفي (ج) و (د): "ويأخذها بالباقي".

(٣) الشجة: الجراحة وإنما سمّى بذلك إذا كانت فى الوجه أو الرأس والجمع شجاج مثل كلبة وكلاب وشجّات أيضًا على لفظها وشجّه شجًا من باب قتل على القياس ولغةً: من باب ضرب إذا شقّ جلده، ويقال: هو مأخوذ من شجت السفينة البحر إذا شقّته جارية فيه. (المصباح المنير ٣٠٥)

مرة، حتى ضممناها إلى العقر، وأدخلناها فيه[1]، فيقسم على أحد عشر، فيسقط سهمان من أحد عشر، ويلزمه تسعة من أحد عشر.

وإن كان العقر مائة، والنقصان مائتين، دخل العقر فيه، فيسقط حصّة النقصان، وهو خمس الثمن، ويأخذها بأربعة أخماس الثمن، إن شاء.

وذكر محمد في «الرَّقِّيات»[2]، فيما إذا كان العقر أكثر من النقصان غير هذا، فقال: رجل اشترى جاريةً بمائة، فوطئها البائع، وهي بكر، فنَقَصها عشرين، والعقر أربعون، قال: تسقط حصة النقصان، وهو خمس الثمن، يبقى ثمانون، ثم يدخل من العقر قدر النقصان في النقصان، وهو عشرون، يبقى من العقر عشرون، يقسّم ما بقي من الثمن، وذلك ثمانون، على ما بقي من العقر، وذلك عشرون، وعلى قيمتها ناقصة، وذلك ثمانون أخماسا، فيسقط ما أصاب العقر ستة عشر، وهو خمس ثمانين، ويبقى أربعة وستون، فكان الساقط من الثمن ستة وثلاثين.

وعلى قياس جواب الكتاب، يقسّم الثمن على قيمتها ناقصة، وهي ثمانون، وعلى العقر، وذلك أربعون، فيصير الثمن أثلاثا، يسقط ثلث الثمن[3]، وهو ثلاثة وثلاثون

---

(١) كذا في (ا) و (ب) و (ج) و (د)، وزادت في الأصل هنا عبارة: "وعلى العقر، وذلك مائتان"، وهو خطأ وتكرار.

(٢) من تصنيف الإمام محمد رحمه الله، ومن كتب «النوادر» التي رويت بطريق الآحاد، و«الرقّيات»: هي المسائل التي فرّعها محمد بن الحسن حينما كان قاضيا بالرّقّة، وهي من مدن ديار بكر، رواها عنه محمد بن سماعة، وكام معه طولَ بقاء محمد بن الحسن بها. انظر: «بلوغ الأماني» ص٦٤، وإتحاف السادة المتقين، ٢/ ٢٩٩.

(٣) "الثمن" ساقط من (ج) و (د).

وثلث، ويبقى ثلثاه، وذلك ستة وستون وثلثان، ولم تختلف الروايات في الوجه الآخر، وهو ما إذا كان العقر أقلّ من نقصان البكارة.

رجل اشترى عبدًا، ولم يقبضه، حتى اكتسب أكسابا، ثم نقد الثمن، وقبضه، فإن الكسب يكون للمشتري، ويتصدّق به؛ لأنه ربح حصل في ضمان غيره، فلايطيب له.

كما لو اشترى عبدا يساوي ألفين بألف، فقتل قبل القبض، واختار المشتري، أخذ القيمة، فإنه يتصدق بالفضل، إذا أخذ القيمة من الدراهم؛ لأن بيع الألف بالألفين باطل، فيتمكّن فيه نوع خبث.

وإن أخذ القيمة من الدنانير، أو الإبل، أو الغنم، لايتصدق بشيء؛ لأن الربا لايظهر عند اختلاف الجنس في حقيقة البيع، فلاتتمكن شبهة الخُبث في القبض بحكم العقد.

أمّا في مسألتنا يتصدّق بالكسب على كل حال؛ لأن الكسب لاحصة له من الثمن، فكان ربحًا، وإن كان من خلاف الجنس، وأنه ربح حصل في ضمان غيره، فيتصدق به[1].

بخلاف الولد الحادث، والثمن الحادث قبل القبض، حيث لايتصدق به؛ لأن الولد[2] يصير مقصودا بالقبض، ويأخذ قسطًا[3] من الثمن، فلايكون ربحا، أما

---

(١) سقط قوله: "فيتصدق به" من (ج) و (د).

(٢) "الولد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) القسط: الحصة والنصيبه، ويقال: أخذ كل واحد من الشركاء قسطه أى حصته وكل مقدار فهو قسط في الماء وغيره وتقسّطوا الشيء بينهم تقسّموه على العدل والسواء والقسط بالكسر العدل وهو من المصادر الموصوف بها كعدل يقال: ميزان قسط. «لسان العرب»، القاف مع الشين

الكسب: لاحصّة له من الثمن، فكان ربحًا.

وعن أبي يوسف أنه لايتصدق بالكسب؛ لأن الربح إنما يظهر، فيما يكون مبيعا، والكسب لاقسط له من الثمن، فلايكون مبيعا.

ومحمد رحمه الله استشهد[1] بفضل الجناية: إذا قُتِل المبيع قبل القبض، وقيمته أكثر من الثمن، فأخذ المشتري القيمة من الدراهم، فإنه يتصدق بالفضل[2]، وإن لم تكن القيمة مقابلا بالثمن، وإنما يلزمه التصدق لمكان صورة المقابلة عند القبض، كذلك هنا.

ولو انتقض بيع الجارية[3] بينهما، وعاد إلى البائع بعد ما اكتسب أكسابا قبل القبض[4]، يكون الكسب للبائع عندهما، ويتصدق به؛ لأنه ربح حصل في ضمانه على ملك الغير، وأثر الملك في طيب الربح فوق أثر الضمان.

فلما لم يسلّم الكسب للمشتري لعدم الضمان، ولزمه التصدق؛ لأن لايطيب للبائع لعدم الملك، كان أولى، وهو بمنزلة ما لو قتل عند البائع، وقيمته أكثر من الثمن، واختار المشتري فسخ العقد، وأخذ البائع القيمة من القاتل، فإنه يسلم له من القيمة مقدار الثمن،

١١/ ١٦١.

(١) استشهدت فلانًا على فلان إذا سألته أقامه شهادة احتمل.

(٢) فضل: الفضل والفضلة البقية من الشيء وأفضل فلان من الطعام وغيره إذا ترك منه شيئًا، ابن السكيت فضل الشيء يفضل وفضل يفضل قال: وقال أبو عبيدة: فضل منه شيء قليل فإذا قالوا: يفضل شموا الضاد فأعادوها إلى الأصل إلخ. (لسان العرب الفاء مع الضاد ١٠/ ٢٨٠)

(٣) وفي (ج) و (د): "انتقض البيع".

(٤) "بعد ما اكتسب أكتسابا قبل القبض" ساقط من (ا) و (ب).

ويتصدق بالفضل، كذلك هنا.

ولو باعها بشرط الخيار للبائع، فقبضها المشتري، واكتسبت أكسابا عنده، ثم انفسخ البيع بينهما بحكم الخيار، كان الكسب للبائع، ولايتصدق به؛ لأن خيار البائع يمنع زوال العين عن ملكه[1]، فكان الكسب حاصلا على ملك البائع، فلايتصدق به، وإن تمّ البيع بينهما تصدّق المشتري بالكسب؛ لأنه ربح حصل في ملك الغير، وفي ضمانه.

وكذا إن كان الكسب قبل القبض يتصدّق بالكسب؛ لأنه ربح حصل لا في ملكه وضمانه.

وإن هلكت الجارية[2] عند المشتري في مدة الخيار، ضمن المشتري قيمتها، ويكون الكسب للمشتري[3]، ويتصدق به؛ لأنها مضمونة عليه بالقيمة، فكانت كالمغصوبة، والمنصوبة إذا اكتسبت أكسابا، ثم استردّها المالك استردّ الكسب، ولايتصدق بشيء.

وإن ضمن الغاصب قيمتها، بأن أبقت، أو ماتت، كان الكسب للغاصب، يتصدق به، كذلك هنا؛ لأن ضمان القيمة لايخلّ بالملك، فلايوجب شبهة في حق المالك.

رجل مات، وترك ثلاث جوار، تساوي كل واحدة منهن ألفا، وأوصى بواحدة بعينها لرجل، ومات الموصي، فاكتسبت[4] أكسابا، أو ولدت ولدا قبل القسمة، دخل

(١) «الهداية» ٣/ ٣٠، «البحر الرائق» ٨/ ٨٧.

(٢) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) العبارة في (ج) و (د): "والكسب له".

(٤) في (ا) و (ب): "فاكتسب بعد موته إكسابا".

الكل في الوصية[1]، ويجعل الكل مال الميت، إلاأن عند أبي حنيفة: تنفذ الوصية في الأم أوّلا، فإن فضل من الثلث شيء، يعطى له الفضل من الولد[2] والكسب[3].

وعند أبي يوسف ومحمد[4]: تنفذ الوصية بقدر الثلث في الكل، ولايبدأ بشيء قبل شيء، وهي معروفة في الوصايا[5]، ومقصوده من إيرادها هنا هي دعوى المناقضة

---

(١) الوصية لغةً: اسم من الإيصاء كالوصاة بالفتح والقصر ولوصاية بالفتح والكسر، يقال: أوصيت أى فرضت إلى زيد لعمرو بكذا، فهو موصى وذلك وصي، ويقال له: الموصى إليه، وموصى له، والمال موصى به، ويقال له: الوصية كما فى "النهاية" والقاموس.
وشرعًا: إيجاب أى إلزام شيء من مال أو منفعة لله تعالى أو لغيره، وهذا شامل للبيع والإجارة والهبة والعارية وغيرها بعد الموت فخرج للكل فإنها إيجاب فى حال الحياة، وإنما سمى بالوصية لأن الميت لما أوصى به وصل ما كان من أمر حياته بما يعده من أمر مماته، يقال: وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به كما فى الكرمانى . «جامع الرموز» ٤/ ٥٩٤، و «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٧٨، و «طلبة الطلبة» ص٣٤٢، و «المغرب» ص ٦ .

(٢) فإن بقى شيء من الثلث، فله ذلك من الولد والهبة في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى . «المبسوط» للسرخسى ٢٨/ ٥، وكذا فى «الفتاوى البزازية» بهامش «الفتاوى الهندية»٦/ ٤٣٣ .

(٣) وجّه الفقيه أبو الليث السمرقندي لأبي حنيفة: بأن الحكم يثبت في الولد والكسب تبعا للأم، فلايجوز إثبات الحكم في التبع على وجه يبطل الحكم في الأصل أو في نفسه. «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، تحقيق دكتور عبد الرحمن مبارك الفرج، ٧/ ٣٣٣٠، وانظر: «المبسوط» ٢٩/ ١٣، و«البناية» للعيني ١٠/ ٤٦٩، و«بدائع الصنائع» ١٠/ ٤٩٦٠ .

(٤) وفي (ج): "وعندهما".

(٥) راجع كتاب الوصايا من هذا الشرح، باب الوصية التي تكون لواحد ثم تصير لإثنين.
ويرى الإمام أبويوسف ومحمد رحمهما الله أنه لا يقدم شيئ من ذلك على شيئ، لأن حدوث

على أبي حنيفة رحمه الله، فإنه قال: وهذا عندنا ترك من أبي حنيفة.

قوله: "في كسب المبيعة" أراد بذلك أن في فصل الوصية سوّى بين الكسب والولد، وفي باب البيع فرّق بينهما.

وفي باب البيع[1] جعل الكسب للمشتري على كل حال، باعتبار قيام الملك له في الأصل وقت الكسب، وفي مسألة الوصية لم يجعل الكسب للموصى له.

وإن كانت الجارية ملكا له وقت الكسب؛ لأنها كانت تخرج من الثلث، والوصية بقدر الثلث لا تحتاج إلى التنفيذ، ولهذا لو أعتقها الموصى له، نفَذَ إعتاقه.

والفرق لأبي حنيفة أن الوصيّة بقدر الثلث، وإن صارت ملكا[2] للموصى له بموت الموصي، لكنه غير متأكّد[3]، حتّى لو قلّ ماله قبل القسمة، يبطل الملك بقدره[4].

ولو ظهر دَين، أو وصية، يقضى دَينه من الزوائد الحادثة قبل القسمة، ويعتبر قيمة الوصية يوم القسمة، فكانت ملكا للموصى له، ولغيره حق التملّك، وهو معنى ما قال

ذلك بعد تمام السبب، وقيل: تمام الملك بمنزلة المقترن بأصل السبب. «المبسوط» ٢٨ / ٤٩.
وإن الحادث بعد الوصية قبل القبض، كالموجود عند العقد، فصار كأنه أوصى بالكل. انظر: «المبسوط» ٢٩/ ١٣، «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، ٧/ ٣٣٣٠.

(١) قوله: "في باب البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "ملكا" ساقط من (ج) و (د).

(٣) راجع: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥، و «المبسوط» للسرخسي ٢٨/ ٣١.

(٤) راجع: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥، و «المبسوط» ٢٨/ ٣١.

مشايخنا: إن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميّت[1]، فكان الكسب حاصلا على ملك الموصى له، وللوارث فيه سبب الملك.

فأما المبيعة مملوكة للمشتري، ليست مبقاة على حكم ملك البائع.

وكذا الصّداق ملك المرأة، غير مبقى على ملك الزوج، فكان الكسب سالما للمشتري والمرأة، وإن انتقض الملك في الأصل بعد ذلك، وإنما نفذنا الوصية في الأم؛ كيلا يكون الولد مزاحما للأصل.

والله أعلم بالصواب

(١) انظر «المبسوط» للسرخسي ٢٨/ ٥٠.

باب العبد يشتري بأقل ممّا بيع به ما يجوز من ذلك ومالايجوز

بنى الباب على أن شراء ما باع، أو بيع له، بأقلّ ممّا باع قبل استيفاء الثمن الأول فاسد عندنا[1] استحسانا، والقياس أن يجوز[2]، وهو قول الشافعي[3] رحمه الله.

---

(١) انظر: «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢، «فتح القدير» و«العناية» ٦/ ٦٩، «البحر الرائق» ٦/ ٨٢، «تبيين الحقائق» ٤/ ٥٤، «ردّ المحتار» ٥/ ٧٤، «جامع الرموز» للقهستاني ٣/ ٤٥٩.

(٢) يقول الإمام علي بن زكريا المنبجي بعد مناقشة المسألة وعرض الأدلة: هذه المسألة من أكبر الأدلة على أن أبا حنيفة يقدّم الخبر الواحد على القياس، فإنا قدّمنا قول الصحابي رضي الله عنه على القياس، فبطريق الأولى أن يقدّم قول رسول الله ﷺ على القياس. انظر «اللباب في الجمع بين السنة والكتاب» ٢/ ٥٠٦.

(٣) إذا اتخذ عقد البيع وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع شرعا فهل ينعقد البيع لوجود أركانه من الإيجاب والقبول، أو يعتبر غير صحيح لسببه غير المشروع، مثل أن يبيع الشخص مائة طن من الحنطة بخمسة آلاف ريال لاتقبض إلا بعد سنة، ثم يشتريها البائع من المشتري بأربعة آلاف يدفعها إليه فورا، فمثل هذه البيوع تسمّى عند المالكية "بيوع الآجال"، وعند بعض العلماء "بيوع العينة"، فقال الشافعية والظاهرية: هذا البيع صحيح مع الكراهة، لتوافر أركانه، وهو الإيجاب والقبول الصحيحان، ولاعبرة في إبطال العقد بالنية التي لانعرفها لعدم وجود ما يدل عليها، فيترك أمر النية لله وحده يعاقب صاحبها عليها.

وجمهور الفقهاء من الحنفية المالكية والحنابلة قالوا بفساد هذا البيع وعدم صحته، لأنه ذريعة إلى الربا، وبه يتوصّل إلى إباحة ما نهى الله عنه فلايصح. انظر: «مختصر اختلاف العلماء»

واعتمادنا في شراء ما باع على حديث عائشة[1] رضي الله عنها أن امرأة[2] جاءت إليها، وقالت: إني بعتُ من زيد بن أرقَم[3] جاريةً بثمان مائة إلى العَطاء، ثم اشتريتُها منه بستمائة قبل نقد الثمن، فقالت عائشة رضي الله عنها: «بئسَما شريت، وبئسما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حَجّه وجهادَه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم».

للجصاص، ٣/ ١١٣، ١١٦. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣١٤، «البناية» للعيني ٦/ ٤١٥، «تبيين الحقائق» ٤/ ٥٥، «فتح القدير» ٦/ ٦٧، ٦٨، حاشية الدسوقي ٣/ ٩١، مواهب الجليل للحطاب ٤/ ٤٠٤، القوانين الفقهية ص ٢٥٨، الشرح الصغير ٣/ ١٣٠، المغني ٤/ ١٧٥، «المجموع» ١٠/ ١٢٤، الميزان ٢/ ٧٠.

(١) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق، رضي الله عنهما، أم المؤمنين، تزوجها النبي ﷺ قبل الهجرة، وبنى بها بعد الهجرة، وهي من أكثر الصحابة رواية للحديث، وكانت عائشة من أفقه وأعلم الناس، توفيت بالمدينة عام ٥٧ هـ ينظر ترجمتها في: أسد الغابة ت٧٠٩٣، الاستيعاب ت ٣٤٧٦. الإصابة ت ١١٤٦١، تهذيب الكمال ١٦٨٨، تاريخ الإسلا ٢/ ٢٩٤.

(٢) هي "أمّ محبّة"، كما صرّحت بها في رواية الدارقطني، ٣/ ٥٢.

(٣) هو زيد بن أرقم بن زيد بن قيس بن النعمان بن مالك بن الأغر بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج. مختلف في كنيته، قيل أبو عمر، وقيل أبو عامر، واستُصغِر يوم أحد، وغزا مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم سبع عشرة غزوة، وأول مشهده الخندق، ثبت ذلك في الصحيح، وله حديث كثير، وله قصة في نزول سورة المنافقين في الصحيح، وشهد صفين مع علي، و مات بالكوفة أيام المختار سنة ست وستين، وقيل سنة ثمان وستين.

انظر: الجمع بين رجال الصحيحين ١/ ١٤٣، تاريخ ابن عساكر ٦/ ٢٦٨، تهذيب الكمال ٤٥٠، العبر ١/ ٧٣، الثقات لا بن حبان ٣/ ١٣٩، معجم البلدان ١/ ٨٧٩، سير أعلام النبلاء ٣/ ١٦٥: ١٦٨، تحفة الأشراف ٣/ ١٩١: ٢٠٥، أسد الغابة ت ١٨١٩، الا ستيعاب ت ٨٤٢.

إن لم يتُب»[1]، ومقادير الجرائم لاتُعرف إلا سماعا، فكان ذلك كالمرويّ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم[2].

---

(١) روى الدارقطني عن يونس بن أبي اسحاق عن أمّه العالية بنت أنفع، قالت: «حججت أنا وأمّ محبة فدخلنا على عائشة رضي الله عنها، فقالت لها أم محبة: يا أم المؤمنين! كانت لي جارية، وإني بعتُها من زيد بن أرقم بثمان مائة درهم إلى عَطائه، وأنه أراد بيعها، فابتعتها منه بستمائة درهم نقدا، فقالت: بئس ما شريت وما اشتريت، فأبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب» سنن الدارقطني، كتاب البيوع ٣/ ٥٢، ورواه البيهقي بزيادة: «فقالت: أرأيتِ إن لم أجد إلا رأس مالي، فقالت عائشة: فمَن جاءَه مَوعظة مِن ربّه فانتهى فله ما سلَف» انظر سنن البيهقي ٥/ ٣٣٠، وقد قوى سنده ابن التركماني في الجوهر النقي ٥/ ٣٣٠.

وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، قال في التنقيح: إسناده جيد، انظر جامع الأصول ١/ ٤٧٨ و"العالية" امرأة جليلة القدر، قال في طبقات ابن سعد: «العالية بنت أنفع بن شراحيل، امرأة أبي اسحاق السبيعي، سمعت عائشة رضي الله عنها» طبقات ابن سعد ٨/ ٣٥٧.

كما ورد في تحريم "بيع العينة" حديث آخر: قال رسول الله ﷺ: «إذا ضَنّ الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، وأتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم» أخرجه الإمام أحمد وأبوداؤد عن ابن عمر، وأخرجه أيضا الطبراني وابن قطّان وصحّحه، انظر: نيل الأوطار ٥/ ٢٠٦.

(٢) يقول الإمام الجصاص معلّقا على أثر عائشة رضي الله عنها: "ولا جائزٌ أن يكون هذا القول منها إلا توقيفا عن الرسول عليه السلام، والدلالة على ذلك من وجهين: أحدهما: أن ما كان طريقه الاجتهاد والرأي، لا يلحق فاعله فيه الوعيد. والثاني: لأن مقادير عُظم الأجرام لا تعلم إلا توقيفا، كما أخبرت بمقدار الجرم، فإن مثله يبطل الاجتهاد، فعلم أن ذلك توقيفا. انظر «شرح

والمعنى فيه أن الثمن قبل القبض ليس في ضمان البائع ، فإذا أعاد إليه المبيع بالصفة التي خرج عن ملكه مع بعض الثمن ، كان ذلك ربح ما لم يضمن ، وأنه حرام بالنص[1] ، وتمامه يعرف في «المختلَف»[2].

وأمّا شراء ما بيع له[3]؛ لأنّ المنع عن شراء ما باع ربح ما لم يضمن ، وذلك حاصل

مختصر الطحاوي» لأبي بكر الجصاص ، ١/ ١٥١ . وحكى عن الإمام أبي جعفر الطحاوي كلام مثله ، انظر «مختصر احتلاف العلماء» للجصاص ، ٣/ ١١٥ .

(١) انظر «فتح القدير» مع «الهداية» ٦/ ٧١ .

(٢) االظاهر أنه يقصد كتاب : «مُخْتَلَف الرواية» للفقيه أبي الليث السمرقندي ، فقد تعرّض للمسألة في كتاب البيوع ، باب ما قاله الشافعي خلافا لعلمائنا . و وجّه لرأى الإمام الشافعي بقوله : له : إنه لو اشتراه منه بثوب قيمته أقلّ مما باعه ، يجوز ، فكذا هذا ، وكذا لواشتراه من غير مَن باعه ، يجوز لوجود شرائطه ، فكذا هذا . ثم ذكر أدلة الحنفية قائلا : "لنا : إنه متى لم ينقد الثمن ، كان حكم الاصطلاح الأول قائما ، وهواصطلاحهما على أن ماليته مقدّرة بالثمن الأول . فإذا اشتراه بأقلّ منه مع بقاء ذلك التقدير ، فقد اشترى ما لا مقدرا بألف و خمسمائة ، فيكون ربا ، فلا يجوز ، وقد عرف . انظر «مُخْتَلَف الرواية» للفقيه أبي الليث السمرقندي ، تحقيق دكتور عبد الرحمن الفرج ، ٦/ ٢٦١٩ . غير مطبوع ، قدّمه المحقق لنيل درجة الدكتوراة في كلية الشريعة بالرياض ، جامعة الإمام محمد بن سعود الأسلامية .

(٣) قوله : "بيع له" ، أي : بأن باع وكيله ، وذكر في «الفتاوى الهندية» نقلا عن الكافي ما يوضّح المسألة بجميع قيودها ، فقال : ولم يجز شراؤه وشراء من لا تصحّ شهادته له ، ما باع بنفسه ، أو بيع له بأن باع له وكيله ، بأقلّ مما باع قبل نقد الثمن ، لنفسه أو لغيره من مشتريه ، أو من وارثه ، لا من الموهوب له والموصى له ، والمبيع لم ينقص ذاتا ، واتحد الثمنان جنسا . «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢ .

في الفصل الثاني، لما نذكر بعد هذا[1].

وفي الباب فصلان: أحدهما: أن يكون العبد لاثنين، والثاني: أن يكون العبد لواحد.

أمّا الفصل الأول:

عبد بين رجلين، فباعاه من رجلٍ بألف درهم إلى سنة، ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة حالّة، جاز شراءه في نصف العبد بنصف الثمن الثاني، وبطل في النصف الآخر؛ لأن بيع كل واحد منهما منصرف إلى نصيبه خاصّة، حملا لتصرّفه على جهة الأصالة والملك.

ولهذا لو انفرد أحدهما ببيع النصف، ينصرف بيعه إلى نصيبه خاصّة؛ حملا على الصحة، فكان كل واحد منهما بائعا نصيبه، أجنبيا عن نصيب الآخر، فإذا اشتراه أحدهما بخمسمائة، فسد شراءه فيما باع هو لما قلنا، وجاز شراءه في نصيب صاحبه؛ لأنه في نصيب صاحبه ليس ببائع، ولا بيع له.

وفساد البيع في نصيبه لايتعدّى إلى الباقي؛ لأنه فساد ضعيف، لمكان أن شبهة الربا مجتهد فيها، فلا يؤثر في الباقي[2]؛ لأن فيه اعتبار شبهة الشبهة، وذلك لايجوز[3].

---

(١) "بعد هذا" ساقط من(ا) و (ب).

(٢) لأن الفساد طارئ، لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصّة، فلا يسري إلى غيرها. كذا علّل له المرغيناني في «الهداية» ٦/ ٤٠١.

(٣) بيانه أن في المسألة الأولى إنما لم يصحّ شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا، وسلامة الفضل للبائع الأول بلا عوض ولا ضمان يقابله، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا، فلو اعتبرناها في النصيب الذي ضمّ إليه، كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة، وهي غير معتبرة. انظر «فتح

فرق أبو حنيفة بين هذا، وبين ما لو أسلم[1] حنطة في شعير وزيت؛ حيث لايجوز العقد[2] في الكل[3]؛ لأن إسلام المكيل في المكيل حرام عند الكل، فتعدّى إلى الباقي، ولاخيار له، لأنه لمّا اشترى مع علمه أنه لايسلم له إلا النصف، كان راضيا بعيب الشركة، فلا يخيّر.

ولو قالا: "بعناك هذا العبد بألف، بعناك[4] نصيب كل واحد منّا بخمسمائة"، أو قالا ابتداءً: "بعناك نصيب كل واحد منا بخمسمائة"، ثم اشترى أحدهما قبل استيفاء الثمن جميع العبد بخمسمائة، جاز شراءه في الربع بربع خمسمائة، لأن شراء نصيبه لايجوز، لأن نصف نصيبه باع هو بنفسه، ونصف نصيبه باع له شريكه بأمره[5]، فلا يجوز شراءه أيضًا.

وأما نصيب صاحبه، فنصف ذلك باع هو وكالةً بتوكيل صاحبه، فلا يجوز له أن

القدير» و«العناية» ٦/ ٤٠١، و «البحر الرائق» ٦/ ٨٣، و«منحة الخالق على البحر الرائق» لابن عابدين ٦/ ٨٣.

ونصّ عليه في «الفتاوى الهندية» بقوله: صحّ البيع في المضموم إلى شراء ما باعه بأقلّ قبل نقد الثمن. «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٣.

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "إذا أسلم".

(٢) "العقد" ساقط من(ا) و (ب).

(٣) لأن مذهب الإمام أبي حنيفة أن البيع إذا فسد بعضُه فسد كله إذا كان الفساد مقارنا. انظر «فتح القدير» لابن الهمام ٦/ ٤٠١.

(٤) "بعناك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "بأمره" ساقط من(ا) و (ب).

يشتريه، ونصفه باع صاحبُه بنفسه، فكان له أن يشتريه؛ لأنه أجنبيّ عن ذلك، فلهذا جاز شراءه في نصف النصف، وهو الربع بربع الخمسمائة.

ولو باعه بألف نسيئةً، ثم وكّل رجلا بالشراء، فاشتراه الوكيل بخمسمائة قبل نقد الثمن، جاز شراءه للموكل في قول أبي حنيفة[1]، ولايجوز في قول أبي يوسف ومحمدرحمهما الله[2].

لهما: أن التوكيل إنابة، وإقامة الغير مقام نفسه، فلا يملك التوكيل إلا بما يملكه بنفسه.

وأبو حنيفة فرّق بين الوكيل بالبيع، وبين الوكيل بالشراء، إذا باع الوكيل، ثم اشترى الموكِل قبل نقد الثمن بأقلّ مما باع الوكيل لايصح.

ولو باع بنفسه، ثم وكل وكيلا بالشراء، فاشترى الوكيل قبل نقد الثمن بأقلّ مما باع الموكّل، جاز[3]، جَعل بيع الوكيل كبيع الموكل، ولم يجعل شراء الوكيل كشراء الموكل[4].

والفرق أن الوكيل بالبيع استفاد ولاية التنفيذ[5] من جهة الموكل، فإذا استَنَد نفاذ العقدين إلى ولاية واحدة، كان بيعه كبيع الموكل.

---

(١) «الفتاوى الهندية» نقلاعن «الخلاصة» ٣/ ١٣٣.

(٢) راجع «فتح القدير» ٦/ ٣٩٧، و «البحر الرائق»٦/ ٨٣، و«جامع الرموز» للقهستاني ٣/ ٤٥٩.

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٣، و«جامع الرموز» ٣/ ٤٦٠.

(٤) انظر «البحر الرائق»٦/ ٨٣ وحاشية ابن عابدين على «البحر الرائق» المسماة بـ «منحة الخالق» ٦/ ٨٣.

(٥) ورد في (ج) و (د): "استفادت الولاية". و"التنفيذ" ساقط من(ا) و (ب).

أما الوكيل بالشراء كان يملك الشراءَ لنفسه قبل التوكيل، وإنما ثبت للموكل حكم شراءه، فيجعل كأنه اشتراه لنفسه ثم باعه من الموكل، ولو فعل ذلك جاز، كذلك هنا.

ولو وكل بالشراء أوّلاً، فاشترى الوكيل، وقبض، ثم باع بنفسه ما اشتراه الوكيل من بائعه، بأقلّ، لم يجزه[1] جَعل شراء الوكيل كشراءه هنا؛ لأنه إنما ملك المبيع بذلك الشراء، فيجعل شراء الوكيل في حق هذا البيع كشرَاءه.

هذا كله إذا اشتراه أحدهما، فإن اشترياه، أما في الفصل الأول: بأن باع كل واحد منهما نصيبه[2] بخمسمائة، ثم اشترياه قبل نقد الثمن بخمسمائة، جاز شراء كل واحد منهما في الربع بربع خمسمائة؛ لأنهما إذا اشترياه، فقد اشترى كل واحد منهما نصفا شائعا نصفه مما كان له ففسد، ونصفه مما كان لصاحبه فجاز؛ لأنه أجنبيٌ في نصيب صاحبه، ليس ببائع، ولا بيع له.

ثم فرّق بين البيع وبين[3] الشراء إذا باعاه، ينصرف بيع كل واحد منهما إلى نصيبه، وإذا اشترياه ينصرف شراء كل واحد منهما إلى نصف شائع، وإنما جعل كذلك؛ لأن النصف المطلق، هو النصف الشائع، إلا أن في البيع صرفنا بيع كل واحد منهما إلى نصيبه تنفيذا للعقد، وفي الشراء أمكن العمل بالحقيقة، فيعمل بالحقيقة[4].

---

(١) وفي (ا) و (ب) "لم يجز".

(٢) "نصيبه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ا) و (ب) و (ج) و (د): "فيعمل بها".

ثم فرّق بين هذا، وبين ما لو باع كرّ حنطة، وكرّ شعير بكرّي حنطة، وكرّي شعير[1]، يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، تحرّيا للجواز، وهنا لم يصرف شراء كل واحد منهما إلى نصف صاحبه تحرّيا للصحة؛ لأن بيع الكرّ بالكرّين من جنس واحد فاسد عند العلماء، وأنه أمر ظاهر، والعاقل يقصد الصحة دون الفساد، فكان قاصدا صرف الجنس إلى خلاف الجنس.

أما هذا فسادٌ خفيٌ[2]، ولهذا اشتبه على كثير من العلماء، وبدون العلم لايقصد التنفيذ، حتى لو قصد، وقال: "بعني نصيب صاحبي" جاز شراءه في الكل، ولو قال: "بعني نصيبي" لم يجز في شيء منه.

ولو باعا نصيب كل واحد منهما، ثم اشترياه جميعًا، جاز شراء كل واحد منهما[3] في ثمن العبد بثمن الخمس مائة، لما قلنا إن شراء كل واحد منهما نصف العبد، انصرف إلى نصيب شائع نصف هذا النصف مما كان له، ففسد شراءه في ذلك.

بقي من هذا النصف نصيب صاحبه، وهو الربع، نصفه باع هو بوكالة صاحبه، فلا يجوز، ونصفه باع صاحبه بنفسه، فيجوز في ربع النصف، وهو ثمن الكل بثمن خمسمائة، وفسد في[4] الباقي، ولايختلف الجواب في الفصول كلها، فيما إذا باعاه من

(١) في(ا) و (ب) "لوباع كر حنطة بكر حنطة وكر شعير".

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "فساده خفي".

(٣) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "فسد الباقي" وهو خطأ.

واحد، أو من[1] اثنين.

رجل له عبد باعه مع أجنبيّ من رجل بألف درهم إلى سنة، ثم اشتراه الذي كان له بخمسمائة، لم يجز؛ لأن النصف منه باعه بنفسه، والنصف الآخر باعه وكيله، فوَجد المفسد في الكل.

ولو اشتراه الأجنبي الذي كان معه في البيع[2] بخمسمائة لنفسه أو لغيره، جاز شراؤه فيما باع الموكل، وبطل فيما باع الوكيل؛ لأنه لم يوجد المفسد فيما باع الموكل، ووجد المفسد فيما باع الوكيل؛ لأن الوكيل في البيع بائع لنفسه من وجه دون وجه.

فإذا اشتراه بأقلّ من الثمن الأول، فمن حيث أنه كان بائعا لنفسه، لايجوز شراءه، ومن حيث أنه كان بائعا لغيره، جاز شراءه، فترجّح جانب الفساد احتياطا، بخلاف الوكيل بالشراء في قول أبي حنيفة، لأنه مشترٍ لنفسه من كل وجه.

ولو باع[3] الأجنبيّ كله، ثم اشتراه أحدهما بأقل مما باع، لايجوز، أما الأجنبي فلأنه بائع، وأما المالك فلأنه بيع له، فوجد المفسد في شراء كل واحد منهما، فلا يجوز[4].

عبد بين رجلين باعاه من رجلين بألف درهم إلى سنة، وسلّماه إلى المشتري[5]، ثم

---

(١) "من" ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقطت العبارة: "الذي كان معه في البيع" في (ا) و (ب).

(٣) في (ا) و (ب) "ولوباعه".

(٤) "فلا يجوز" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) في (ا) و (ب): "المشتريين".

اشترياه جميعًا بخمسمائة درهم[1] حالّة، جاز شراءهما في النصف[2]، لكل واحد منهما في ربعه[3] وهذا وما لو باعاه من واحد سواء في الوجوه كلها؛ لأن كل واحد منهما صار بائعا نصيبه؛ لما قلنا.

فإذا اشترياه، [فقد][4] اشترى كل واحد منهما نصفا شائعا، نصف هذا النصف مما كان له، فلا يصح، ونصف هذا النصف[5]، وهو الربع مما كان لشريكه، فجاز شراءه في ذلك[6]؛ لأنه ليس ببائع، ولابيع له، فلهذا جاز شراء كل واحد منهما في الربع، كما لو باعاه من واحد ثم اشترياه منه.

رجل باع[7] عبدَه على أن فلانا بالخيار ثلاثة أيام، فأجاز المشروط له الخيار البيعَ، ثم اشتراه المشروط له الخيار لنفسه، أو لغيره بأقل من الثمن الأول، قبل نقد الثمن، جاز الشراء[8]؛ لأنه ما باع، ولابيع له[9].

---

(١) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ا) و (ب): "جاز شراء كل واحد منهما في الربع بربع الخمسمائة"

(٣) قوله: "لكل واحد منهما في ربعه" ساقط من(ا) و (ب).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) في (ا) و (ب) "ونصفه".

(٦) "شراءه في ذلك" ساقط من(ا) و (ب).

(٧) في (ا) و (ب) "ولو باع".

(٨) "الشراء" ساقط من(ا) و (ب).

(٩) ذكره في «الفتاوى الهندية» بقوله: باع عبدا بألف نسيئة، وشرط الخيار لأجنبي، فأجاز المشروط له الخيار، البيعَ، ثم اشتراه الأجنبي بخمس مأة قبل نقد الثمن جاز، وإن كان البائع هو الذي

فإن قيل: الإجازة بمنزلة البيع، ألا ترى أن البائع إذا شرط الخيار للشفيع، فأجاز البيع، وأسقط الخيار، لايكون له الشفعة، ويصير بمنزلة البائع.

قلنا: العبرة للمعنى دون الصورة، ففي فصل الشفعة: من باع أو بيع له، لايكون له الشفعة[1]؛ لأنه لو أخذها[2] بالشفعة، يصير ساعيا في نقض ما تمّ به، وفي هذا المشروط له الخيار بمنزلة البائع.

أما ههنا: لايجوز الشراء لمكان الربا؛ لحصول ربح ما لم يضمن، والربح لايحصل للذي أسقط الخيار، وإنما يحصل لمن كان السبب، أو حكم السبب واقعًا له.

ولو اشترى عبدا بألف لسنة، ثم مات البائع، فاشترى وارثه من المشتري، بأقل مما باع المورث، يجوز[3].

ولو مات المشتري، فباعه وارثه من البائع بأقل مما اشتراه المورث، لايجوز[4].

وعن أبي يوسف: أنه لايجوز لوارث البائع أيضًا أن يشتريَ بأقل مما باع المورث[5]؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث، فكما لايجوز للبائع أن يشتري، لايجوز لوارثه أيضًا، كما

اشتراه لم يجز، كذا في «السراجية». «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢ .

(١) عبارة (ا) و (ب) "لا شفعة له".

(٢) وفي (ج) و (د) بلفظ: "أخذ بالشفعة".

(٣) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣، و حاشية ابن عابدين على «البحر الرائق» المسماة بـ «منحة الخالق» ٦/ ٨٣.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢ .

(٥) راجع «منحة الخالق» ٦/ ٨٣، و «جامع الرموز» ٣/ ٤٦٠ .

في وارث المشتري.

ووجه الفرق على ظاهر الرواية(١)، أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث، لا فيما لم يرثه(٢)، ووارث البائع لايملك الشراء بطريق الإرث، لأنه كان يملك الشراء لنفسه في حياة المورث، فكان بمنزلة الأجنبيّ في ذلك.

بخلاف وارث المشتري؛ لأنه قائم مقام المشتري في حكم البيع؛ لأن ولاية البيع له من أحكام ملك المورث، فكان قائما مقامه.

ثم فرق أبو حنيفة في وارث البائع بين حالة الحياة، وبين مابعد الموت، فإن وارثه إذا كان ممن لاتقبل شهادته للبائع، كالأب والابن، لو اشترى في حياة البائع بأقل مما باع، لايجوز، ولو اشترى بعد موت المورث بأقل مما باع المورث، جاز(٣).

لأن بينهما شبهة اتحاد الملكين، ولهذا لاتقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه، ففي حياة المورث، شراء الوارث يكون للمورث من وجه، فحرم الشراء(٤) لمكان الشبهة، والشبهة انقطعت بالموت؛ لأن حقيقة الملك تنقطع بالموت، فالشبهة أولى.

فرق أبو حنيفة بين هذا(٥) الوارث، وبين الوكيل إذا وكل البائع رجلا بالشراء، فاشترى الوكيل بأقل مما باع الموكل، جاز في قول أبي حنيفة، ولم يجعل شراءه كشراء

---

(١) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣.

(٢) وفي (ا) و (ب) و (ج) و (د): "لايرث".

(٣) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣، و «جامع الرموز» ٣/ ٤٦٠.

(٤) "الشراء" ساقط من (ا) و (ب) و (ج) و (د).

(٥) "هذا" ساقط من (ا) و (ب) و (ج) و (د).

الموكّل[١]، وإن كان الثابت بعقد الوكيل[٢] حقيقةَ الملك للموكل[٣].

والفرق: أن الوكيل بالشراء، بمنزلة البائع من الموكل، حتى يرجع الوكيل عليه بالثمن، ويحبس المبيع لاستيفاء الثمن، فإذا لم يصل الموكل إلى ما اشترى الوكيل إلا ببدل، صار كأنه اشترى من الوكيل[٤].

بخلاف الوارث مع المورث[٥]؛ لأن كل واحد منهما ينتفع بملك الآخر من غير بدل، فكان عقد أحدهما كعقد الآخر، فيمنع الشراء، كما في حق المولى مع العبد.

ثم فرق بين وارث المشتري، وبين الموصى له فقال: لو أن المشتري أوصى بهذا العبد لإنسان، ومات الموصي[٦]، وقبل الموصى له الوصية، ثم باعه من بائع الموصى بأقل، جاز[٧]، ولو باعه الوارث، لايجوز[٨].

لأن ملك الوارث عين ملك المورث، ولهذا يردّ بالعيب، ويردّ عليه، ولو كان مورثه مغرورا من بائعه، يظهر ذلك في حق الوارث.

---

(١) من قوله: "الموكل، جاز . . الى قوله: . . كشراء الموكل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ا) و (ب) بلفظ: "وإن كان يقع حقيقةَ الملك للموكل.

(٣) «منحة الخالق» على البحر الرائق ٦/ ٨٣، و «جامع الرموز» ٣/ ٤٦٠.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من النسخ الأخرى، وفي الأصل: "من الموكل" وهو سهو من الناسخ.

(٥) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣.

(٦) "الموصي" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٨) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣.

أما الموصى له: ملك ملكا جديدا، بتمليك مبتدئ، ولهذا لايردّ بالعيب، ولايردّ عليه، وتجدّد الملك كتجدّد العين، فجاز.

وكذا لو وهبه المشتري لرجل، وسلّمه إليه، ثم اشتراه البائع من الموهوب له بأقل مما باع، جاز[1] لتجدّد الملك؛ لأن اختلاف سبب الملك بمنزلة اختلاف العين.

أصله: حديث بَرِيرة[2] رضي الله عنها حيث قال عليه السلام: «هو[3] لها صدقة ولنا هدية»[4].

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٢) هي بريرة مولاة عائشة رضي الله عنها، كانت مولاة لقوم من الأنصار، وقيل لآل عتبة بن أبي اسرائيل، وقيل لبني هلال، فاشترتها عائشة، فأعتقتها وكانت تخدُم عائشة قبل أن تشتريها، وردت قصتها في الصحيحين، وفيهما عن عائشة: كانت في بريرة ثلاث سنن... والحديث عند مسلم في الزكاة، برقم ٢٤٨٤.
انظر ترجمتها في: طبقات ابن سعد ٨/ ٢٥٦، تهذيب الكمال ١٦٧٨، تهذيب التهذيب ١٢/ ٤٠٣، خلاصة تهذيب الكمال ٤٨٩، المستدرك ٤/ ٧١، «الإصابة» برقم ١٠٩٣٤.

(٣) جاء في جميع النسخ: "هي لها صدقة"، وهو خطأ، والثابت في جميع الروايات: "هو لها" وهو الصحيح، فالضمير يعود إلى "اللحم".

(٤) أخرجه الإمام مسلم من حديث أنس بن مالك، وتمامه قال: أهدَت بريرةُ إلى النبي ﷺ لحما تُصُدّق به عليها، فقال: «هو لها صدقة ولنا هدية» كتاب الزكاة، باب إباحة الهدية للنبي ﷺ ولبني هاشم وبني المطلب، الحديث: ٢٤٨٢، كما روى مسلم في نفس الباب عن عائشة: «وأتي النبي صلى الله عليه وآله وسلم بلحم بقر، فقيل: هذا ما تصدق به على بريرة، فقال: «هو لها صدقة ولنا هدية». الحديث: ٢٤٨٣، وأخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب إذا تحولت الصدقة،

وكذا لو وهبه الموهوب له للواهب، ثم باعه الواهب من البائع، جاز[1]؛ لأنه ملكه ملكا جديدا، ولهذا لايردّ على بائعه أبدا.

وكذا لو باعه المشتري من أجنبيّ، ثم اشتراه، ثم باعه من البائع الأول؛ لما قلنا.

ولو وهبه المشتري لرجل، وسلّمه إليه، ثم رجع في الهبة، وباعه من بائعه بأقلّ، لم يجز[2]، سواء رجع في الهبة بقضاء أو بغيره؛ لأنه عاد إليه قديم ملكه، لأن الرجوع في الهبة فسخ على كل حال.

ولو باعه المشتري من رجل، ثم ردّ عليه بالعيب قبل القبض مطلقًا، أو بعد القبض بقضاء، أو بخيار شرط، أو رؤية فكذلك؛ لأنه عاد إليه قديم ملكه.

وإن ردّه بعد القبض بغير قضاء، أو تقايلا، فباعه من بائعه بأقل، جاز، لأنه عقد جديد في حق الثالث[3]، والبائع الأول ثالثها[4]، وسواء كانت الإقالة قبل القبض أو

الحديث ١٤٩٥، و أخرجه أيضا في كتاب الهبة، باب: قبول الهدية، الحديث ٢٥٧٧، وأخرجه أبو داود في كتاب الزكاة، باب الفقير يهدي للغني من الصدقة الحديث ١٦٥٥، و أخرجه النسائي في كتاب العمرى، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، الحديث ٣٧٦٩، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده ١/ ٢٨١، ٣٦١، ٣/ ١١٧، ١٣٠، ١٨٠، ٢٧٦، ٦/ ٤٦، ١١٥، ١٢٣، ١٥٠.

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٣) ذكر في «الفتاوى الهندية» عن «المحيط» أنه لو باع المشتري من رجل، ثم إن البائع الأول اشتراه من المشتري الثاني بأقلّ مما باع جاز، فإن عاد المشترَى إلى المشتري الزول، إن عاد بسبب هو فسخ في حق الناس كافة لايجوز للبائع الأول أن يشتريه بأقل مما باع، وإن عاد إليه بسبب هو فسخ في حقهما، بيع جديد في حق الثالث، كان للبائع الأول أن يشتريه بأقل مما باع. «الفتاوى الهندية» ٣/

بعده.

أما بعد القبض: فظاهر، وأما قبله: فلأن الإقالة قبل القبض عقد جديد في حق البائع الأول، لكنه فاسد؛ لكونه بيع المنقول[1] قبل القبض، والعقد الفاسد يفيد الملك عند القبض[2].

ألا ترى أن من باع، ولم يسلم إلى المشتري، حتى تقايلا، ثم وجد به عيبا، لم يكن له أن يردّه؛ لأنا نجعل الإقالة في حق البائع بمنزلة البيع، فيتجدّد به الملك، فيمتنع الردّ بالعيب، كذلك هنا، وهكذا ذكر في «شرح الطحاوي»[3] رحمه الله.

ولو تعيّب المعقود عليه في يد المشتري، فباعه من البائع بأقل من الثمن، جاز؛ لأن المانع ربح ما لم يضمن، وإنما يظهر الربح، إذا عاد إليه المبيع، كما خرج عن ملكه، فإذا لم يعد، يجعل النقصان بمقابلة العيب الحادث[4].

١٣٢

(٤) في (ا) و (ب) "ثالثهما".

(١) في (ا) و (ب) "بيع المبيع".

(٢) انظر: «فتح القدير» مع «العناية» ٥/ ١٨٥، «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٩٩، «ردّالمحتار» لابن عابدين ٤/ ١٠٣، مجمع الضمانات ص٢١٥، الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى ص٤٤٠.

(٣) لم يبيّن المؤلف أنه يقصد «شرح الطحاوي» للجامع الكبير أو شرحه للجامع الصغير، فإن الإمام أباجعفر الطحاوي قد شرحهما، انظر «النافع الكبير» للكنوي ص ٤٦، ومما يؤسف أنه لاتوجد لهما أيّ أثر في فهارس مخطوطات العالم.

(٤) انظر «البحر الرائق» ٦/ ٨٣، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢

بخلاف ما لو انتقصت قيمته بتغيّر السعر، حيث لايجوز بيعه من البائع بأقل مما باع[1]؛ لأنّ هنا عاد إليه المبيع، كما خرج عن ملكه، إنما هذه فَتْرَة[2]، يحدث الله تعالى في قلوب العباد، فتقلّ رغبات الناس فيها، وإذا عاد المبيع[3]، ظهر[4] الربح.

ـ والله أعلم ـ

(١) ذكر في «الفتاوى الهندية» أنه لو رخص السعر، فانتقص من حيث السعر، فاشتراه بأقل مما باع، لم يجز، ولا عبرة للسعر، كذا في «الخلاصة». راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٣٢.

(٢) فَتَر: عن العمل فُتورا، من باب نصر، انكسرت حدّته، ولان بعد شدّته، ومن: فتر الحرّ، إذا انكسر، فترَة وفتورا، وقال أبو البقاء الكفوي: الفتور: هو سكون بعد حدّة، ولين بعد شدة، وضعف بعد قوة. انظر: «الكليات» ص ٦٩٨، «المصباح المنير» ٢/ ٤٦١.

(٣) "اذا عاد المبيع" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) في (ا) و (ب) "يظهر".

باب من[1] البيع الذي يقع فيه الاختلاف بين البائع والمشتري وكل واحد منهما يدّعي العتق على صاحبه

يسمّى هذا الباب باب السلسلة ؛ لأنه أدار البابَ على فصل واحد، وجعله مسلسلا بحسن التفريع، وبنى الباب[2] على أصول:

منها: أن الاختلاف إذا وقع في أصل العقد، كان القول قول المنكِر مع يمينه ؛ لتفردّه بالإنكار، والبينة بينة الآخر ؛ لتفردّه بالدعوى.

وإن اتفقا على أصل العقد، واختلفا في جنس البدل أو قدره، والسلعة قائمة، أو فاتت إلى بدل، فإن أقام أحدهما البيّنة، قُبِلت بينته[3]، وإن أقاما البينة، يقضى ببينة البائع ؛ لأنها أكثر إثباتا[4].

---

(١) "من" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "الباب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) لأن البيّنة مبيّنة كاسمها، فبقي في الجانب الآخر مجرّد الدعوى، والبينة أقوى منها إذ هي متعدّية حتى توجب القضاء على القاضي، فلا يعارضها مجرد الدعوى. «اللباب في شرح الكتاب» للشيخ عبد الغني الميداني ٣/ ١٣٤، «تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٤، وانظر «فتح القدير» ٨/ ٢١٥.

(٤) أي البينة المثبتة للزيادة أولى، لأن البينات شرعت للإثبات، ولا معارضة في قدر مااتفقا عليه ولا في الزيادة، فبينة البائع أولى لو كان الاختلاف في الثمن، وبينة المشتري أولى لو كان في قدر المبيع، فلو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا، فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع، يرجع لتفصيل ما يتفرّع على هذا الضابط إلى «فتح القدير» ٨/ ٢١٥، «تبيين الحقائق» ٤/

وإن لم يكن لأحدهما بينة، يتحالفان[1]، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، يبدأ بيمين المشتري في قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد[2] رحمهما الله؛ لأنه أبيَنهما إنكارًا، ولأنه هو المبتَدأ به في الحقوق، فكذلك في اليمين.

وأيّهما نكَل عن اليمين[3] لزمه دعوى الآخر[4]؛ لكون النكول إقرارا[5] أو بذلا[6].

٣٠٤، و«الدر المختار» ٥/ ٥٥٩.

(١) ترك الشارح هنا وجها آخر لقطع المنازعة الذي ذكره القدوري والمرغيناني بأنه لو لم يكن لكل واحد منهما بينة، قيل للمشتري: إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه البائع وإلا فسَخنا البيعَ، وقيل للبائع: إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع، لأن المقصود قطع المنازعة، وهذه جهة فيه، لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ، فإذا علما به يتراضيان بمدّعى كل واحد منهما. انظر «القدوري» مع شرحه «الباب» للميداني ٣/ ١٣٤، و«الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢١٦. وكذا في «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٢، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٤.

(٢) ذكر المرغيناني أنه رواية عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله، وقال: هو الصحيح، لأن المشتري أشدّهما إنكارا، لأنه يطالب أولا بالثمن، ولأنه يتعجّل فائدة النكول، وهو إلزام الثمن، ولوبدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن. الهداية مع «فتح القدير» ٨/ ٢١٩. كما نقل ابن الهمام عن المنتقي وجامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة، وهو قول زفر. «فتح القدير» ٨/ ٢٢٠ وانظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي مسألة رقم ١٥١٦، ج ٦/ ٢٤٩٧، «المسبوط» ١٣/ ٣١. «العناية» ٨/ ٢١٨، «البناية» ٧/ ٤٤٣ و«تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٤، و«الدر المختار» ٥/ ٥٥٩.

(٣) سقط قوله: "عن اليمين" في (ج) و (د).

(٤) انظر «القدوري» و«اللباب في شرح الكتاب» للشيخ عبد الغني الميداني ٣/ ١٣٥

(٥) «النكول بمنزلة الإقرار» انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، «المنثور في القواعد» ٣/ ٢٨٣،

وإن حلفا، لاينفسخ العقد ما لم يفسخ القاضي؛ لاحتمال أن يعود أحدهما إلى تصديق الآخر[١].

وإن طلبا الفسخ، أو طلب أحدهما، فسخ القاضي العقد بينهما[٢]؛ لانعدام الفائدة في التوقف.

وأصل آخر: أن هلاك المعقود عليه بعد القبض لا إلى بدل، يمنع التحالف في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف[٣]، وعلى قول محمد لايمنع[٤]، والمسألة معروفة[٥].

«المبدع» ٤/ ١١١.

(٦) البَذل: هو إباحة شيء عن طيب نفس. وفي الاصطلاح هو: "ترك المنازعة والإعراض عنها". «المصباح المنير» ١/ ٤٠، و«لسان اللسان» ١/ ٧٢١، «البحر الرائق» ٧/ ٢٠٧.

(١) لاينفسخ العقد بنفس التحالف، لأنه لم يثبت ما ادّعاه كل واحد منهما، فيبقى بيع مجهول، فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة. ونقل ابن الهمام عن «الكافي»: قيل: ينفسخ بنفس التحالف، والصحيح هو الأول. انظر «الهداية» و«فتح القدير» ٨/ ٢٢١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٤، و«الدر المختار» ٥/ ٥٥٩.

(٢) انظر «الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢٢١.

(٣) فالقول قول المشتري في الثمن مع يمينه إن طلب البائع يمينه على ذلك، ولا يترادّان البيع، عند الشيخين، وهو قول الإمام الثوري، والحسن بن حي، والإمام الليث. انظر «مختصر الطحاوي» ص ٨٢، و«مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، ٣/ ١٢٦.

(٤) ويُفسخ البيع عنده على قيمة الهالك، حيث يتحالفان في ذلك، ويترادّان قيمة المبيع، والقول فيها قول المشتري مع يمينه إن طلب البائع يمينه على ذلك. واختاره الإمام الطحاوي رحمه الله، وقال: وبه نأخذ. راجع للتفصيل إلى: «مختصر الطحاوي» ص ٨٢، و«شرح مختصر الطحاوي» للجصاص ١/ ١٥٤، «فتح القدير» ٨/ ٢٢٤، «تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٧، «الدر المختار» ٥/ ٥٦١،

وتغيّر السلعة عند المشتري يمنع التحالف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف[1]، إلا أن يرضى البائع بذلك، وعند محمد هلاك السلعة[2] لا يمنع التحالف، فالتغيّر أولى[3].

وأصل آخر: أن أحد الشريكين، إذا أعتق العبد المشترك، كان للآخر حق لاستسعاء، مُعسرًا كان المعتق أو موسرًا، وعند أبي يوسف ومحمد: إن كان المعتق معسرا

«البناية» ٧/ ٤٤٣.

(٥) تعرّض أبو الليث السمرقندي لهذه المسألة في «مختلف الرواية» "باب قول محمد على خلاف قول صاحبيه". فقال: قال محمد: هلاك السلعة في يد المشتري لا يمنع التحالف عند الاختلاف في الثمن. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يمنع.

له: إن كل واحد منها مدع ومنكر، لأن كل واحد منها يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر، فصار قال قيام المبيع.

لهما: إن المنكر هو المشتري حقيقة، لأن البائع يدعى عليه زيادة الثمن، فأما المشتري لا يدعى على البائع شيئا، لأن المبيع مسلم له كله، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» (رواه الدارقطني عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده في كتاب الحدود والديات، الحديث ٩٨، ٩٩، ورواه البيهقي في القسامة، ٨/ ١٢٣) وحال قيام السلعة عرفنا التحالف بالنص بخلاف القياس، وقد عرف. مختلف الرواية ٦/ ٢٤٩٧. وانظر «الجامع الصغير» ص ٢٧٨ و٢٧٩ «الجامع الكبير» ٢٥٩، «المبسوط» ١٣/ ٣٠، «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، ٣/ ١٢٦، ١٢٧.

(١) وفي (ج) و (د): "يمنع التحالف عندهما".

(٢) ثبت في (ج) و (د): "الهلاك لايمنع"، وما ثبت أوضح.

(٣) انظر: «فتح القدير» ٨/ ٢٢٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٣٠٧، و«الدر المختار» ٥/ ٥٦١.

فكذلك، وإن كان موسرا، كان لصاحبه حق التضمين، لاغير[1].

وأصل آخر: أن أحد الشريكين، إذا شهد على صاحبه بالإعتاق، سعى العبد لهما في قول أبي حنيفة، على كل حال[2].

وعند أبي يوسف ومحمد: إن كانا معسرَين، أو كان المشهود عليه معسرا فكذلك، وإن كان موسرين، أو كان المشهود عليه موسرا، يسعى للمشهود عليه، ولايسعى للشاهد؛ لأنه يدعي الضمان على المشهود عليه، ويتبرأ عن السعاية[3].

وأصل آخر: أن من باع نصف العبد، ثم أعتق النصف الباقي قبل التسليم، وهو معسر، تجب السعاية على العبد، ولاينتقض البيع من غير نقض؛ لقيام المعقود عليه ببدله، ويخيّر المشتري لتغيّر المعقود عليه.

وإن كان البائع[4] موسرا، انتقض البيع عند أبي يوسف ومحمد؛ لأن يسار المعتق عندهما، يمنع استسعاء العبد، ولايمكن إيجاب القيمة على البائع؛ لأن المبيع في ضمانه، لايكون مضمونا عليه بالقيمة، فإذا تعذّر إيجاب الضمان والسعاية، ينتقض البيع ضرورةً، كما لو قتله البائع.

وعن أبي حنيفة روايتان: بناء على أن المعتق إذا كان موسرا، هل يجب الضمان بنفس

---

(1) راجع: «المبسوط» ٧/ ١٠٣، «فتح القدير» ٤/ ٢٥٥، «الدر المختار» ٣/ ٦٥٩، «البحر الرائق» ٤/ ٢٣٣، «الفتاوى الهندية» ٢/ ٩.

(2) «المبسوط» للسرخسي٧/ ١٠٨.

(3) انظر: «المبسوط» للسرخسي٧/ ١٠٨، «فتح القدير» ٤/ ٢٦٧، «البحر الرائق» ٤/ ٢٣٥.

(4) "البائع" ساقط من (ا) و (ب).

الإعتاق أو لا؟

في رواية: [يجب الضمان بنفس الإعتاق][1]، وللساكت أن يتحوّل إلى السعاية، وفي رواية: الواجب أحدهما، وإنما يتعيّن ذلك باختياره.

وإنما يظهر ذلك فيما إذا مات العبد قبل التضمين، وأراد الساكت تضمين المعتق، فعلى الرواية الأولى: له ذلك، وعلى الرواية الثانية: ليس له ذلك؛ لأن من شرط التضمين ثبوت الملك في المضمون، وذلك لايتصوّر بعد هلاك العبد.

وكذا لو مات العبد، وترك كسبا[2]، فأراد الساكت أن يأخذ السعاية من كسبه، لايكون له ذلك، ويصير كأنه كاتبه بعد الموت.

وفي رواية عنه: له أن يأخذ السعاية من تركته؛ لأن الواجب أحدهما، ويتعيّن ذلك عند تعيينه، فلم يكن هذا إنشاء الكتابة بعد الموت.

فعلى إحدى الروايتين؛ لما كان الضمان متعينا عند يسار المعتق، وتضمين البائع متعذّر، ينتقض البيع ضرورة.

وعلى الرواية الأخرى: إذا كان الواجب أحدهما، ويتعيّن بتعيينه، فإن اختار الضمان، ينتقض البيع، وإن اختار السعاية، لاينتقض، كما لو وجبت السعاية من الابتداء.

وإذا انتقض البيع، [إما][3] حكما، أو بنقض المشتري، لاتجب السعاية للبائع على

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د). وفي (ا) و (ب) "في رواية: بنفس الإعتقاد".

(٢) وفي النسخ الأخرى: "أكسابا".

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "كان حكما"، وما ثبت أوضح.

العبد عندهما، كأنّ العبد كله له، فأعتق نصفه.

وعند أبي حنيفة روايتان: وأصحّهما[1] أنه تجب السعاية للبائع [على العبد][2]، كما لو كان الكل له، فأعتق نصفه.

ومنها: أن المشتري إذا أعتق العبد المُشْترَى قبل القبض، يصير قابضًا؛ لأنه يصير قابضا بالتّخلية، فبالإعتاق وهو إنهاء الملك، أولى[3].

ومنها: أن أحد العاقدين[4]، إذا ادّعى الإعتاق على صاحبه، فإن تضمّن دعواه حقّا لنفسه، صحّ دعواه، وإلاّ فلا؛ لأن الدعوى لاتُسْمَع إلا من الخصم[5]، ومن لايدّعي لنفسه حقا، لايكون خصمًا.

ومنها: أن المبيع إذا تغيّر قبل القبض بقول المشتري أو فعله، لايثبت له الخيار[6]، وإن تغيّر بقول البائع أو فعله، يثبت للمشترى الخيار؛ لفوات الرضى.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال لغيره: بعتك عبدي بمائة دينار،

---

(١) وفي (ج) و(د): "وأظهرهما".

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و(د).

(٣) انظر «المبسوط» للسرخسي، ١٧/ ٦٢.

(٤) وفي (ا) و(ب) "المعاقدين"

(٥) انظر «فتح القدير» ٨/ ١٥٩، والمادة ١٦١٨ من مجلة الأحكام العدلية، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١٤/ ١٥٣، ١٥٦، ١٥٨.

(٦) لأن هذا إسقاط الخيار دلالة، وهو أن يوجد ممن له الخيار تصرف يدلّ على إجازة البيع وإثبات الملك، فالإقدام على ذلك يعتبر إجازة للبيع دلالة. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٧٢، تحفة الفقهاء ٢/ ٩٥.

فقال المدعى عليه: ما اشتريت منك إلا نصفه بخمسمائة[1]، فإنهما يتحالفان، ويترادّان؛ لأنهما اختلفا في شيئين: في نفس المبيع في النصف، وفي جنس الثمن في النصف الذي ثبت البيع فيه بتصادقهما، ففيما أنكر الشراء، القول قول المشتري مع يمينه، وفي النصف الآخر يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في جنس الثمن، والسلعة قائمة.

ويبدأ بيمين المشتري، فيحلف يمينا واحدة: بالله ما اشتريته بمائة دينار، وإن كان البائع يدّعي عليه شيئين؛ لأن الدعاوَى إذا اجتمعت من واحد على واحد، يكتفى بيمين واحدة[2].

أصله: حديث القَسَامة: «فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم حلّف اليهودَ: بالله ما قتلتموه، وماعلمتم له قاتلا»[3]، لما كانت الدعويان من واحد على قوم واحد، اكتفى

---

(١) "درهم" ساقط من الاصل.

(٢) نقل المرغيناني محيلا إلى الزيادات: قال في الزيادات: "يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف، يضمّ الإثبات إلى النفي تأكيدا، والأصحّ الاقتصار على النفي، لأن الأيمان على ذلك وضعت؛ دلّ عليه حديث القسامة: «بالله ماقتلتم ولا علمتم له قاتلا». «الهداية» ٨/ ٢٢٠.

(٣) لقد أشار المصنف باختصار ما رواه سَهل بن أبي حَثْمَةَ «أن نفرا من قومه انطلقوا إلى خيبرَ فتفرّقوا فيها، فوَجدوا أحدَهم قتيلا، فقالوا للذين وَجَدوه عندهم: قَتَلتُم صاحبَنا؟ فقالوا: ما قتلناه ولا علمناقاتلا، فانطلقنا إلى نبي الله صلى الله عليه وآله وسلم، قال، فقال لهم: تاتوني بالبينة على مَن قَتَل هذا، قالوا ما لنا بينة، قال: فيحلفون لكم؟ قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود، فكره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يُبطِل دمَه، فوَداه مائةً من إبل الصدقة». هذا اللفظ لأبي داود، فقد أخرجه في كتاب الديات، باب في ترك القود بالقسامة، الحديث ٤٥٢٣، وأخرجه البخاري في الديات، باب القسامة، الحديث ٦٨٩٨. وأخرجه مسلم في كتاب القسامة، باب

بيمين واحدةٍ على شيئين: على القتل، وعلى العلم بالقاتل، كذلك هنا.

فإن نكل المشتري، لزمه البيع بمائة دينار؛ لأنه صار مقرًّا بجميع ما ادّعى البائع[1].

وإن حلف لم يثبت البيع في النصف، بقي النصف الذي اتفقا على وجود البيع فيه، واختلفا[2] في جنس الثمن، فيتحالفان، وقد حلف المشتري مرّة، فلا يحلف ثانيا.

ويحلف البائع: "بالله ما بعتُ منه النصف بخمسمائة درهم"، فإن نكل يثبت بيع النصف بخمسمائة، وإن حلف تمّ التحالف، ولم يثبت ما ادّعاه أحدهما[3]، فيفسخ القاضي العقد بينهما إن طلبا، أو طلب أحدهما[4]؛ لأنه عجز عن القضاء بالبيع، لأن

القسامة، الحديث ١٦٦٩. وأخرجه النسائي في كتاب القسامة، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سَهلٍ فيه، الحديث ٤٧٣٣. وأخرجه الترمذي الحديث ١٤٢٢، وابن ماجه الحديث ٢٦٧٧، والدارمي ٢/ ١٧٨، والطحاوي ٣/ ١٩٧، وأحمد ٤/ ١٤٢، كلهم من حديث سهل ابن أبي حَثْمَةَ.

وروى أبوداود في الباب حديثا آخر انفرد به، عن عبد الرحمن بن بُجَيد قال: "إن سَهلا والله أوهَم الحديث؛ إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كتَب إلى يهود أنه قد وُجد بين أظهُركم قتيل فَدُوه، فكتبوا يَحلفون بالله خمسين يمينا ما قتلناه وما علمنا قاتلا، قال فوداه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من عنده مائة ناقة". الحديث ٤٥٢٥.

(١) انظر «الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢٢١، و «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، ٣/ ٣٨١.

(٢) وفي (ج) و (د): "واختلف"، وهو خطأ.

(٣) كذا في (ج) و (د)، وجاء في الأصل: "ما ادعاه واحد"، وما ثبت أنسب للمعنى.

(٤) «فتح القدير» ٨/ ٢٢١، نقلا عن «الكافي».

القضاء بالبيع بدون الثمن لايمكن، ولم يَثبت أحد الثمنين، فيفسخ البيع بينهما[1]؛ لتعذر إمضاء العقد.

كما لو ردّ المشتري المبيعَ بعيب، يفسخ البيع بينهما؛ لأنه لايمكن إمضاء البيع[2] إلا بتسليم الجزء الفائت، وتسليم الجزء الفائت ممتنع، فيفسخ العقد، كذلك هنا، هذا إذا ادّعى البيع لا غير.

فإن ادّعى البيع والإعتاق على المشتري، فهذه خمسة فصول:

الأول: إذا بدأ البائع بدعوى الإعتاق.

والثاني: إذا بدأ المشتري بدعوى الإعتاق.

والثالث: إذا ادعيا معًا.

الرابع: إذا اختلفا في البيع، وأكّد كل واحد منهما دعواه بيمين العتق.

الخامس: إذا حلفا[3] بالعتق قبل المنازَعة والمناكَرة.

أما الفصل الأوّل:

إذا ادّعى البائع أنه باع العبد منه بمائة دينار، وأنه اشتراه، وأعتقه، وقال المشتري: ما اشتريتُ إلا نصفه بخمسمائة درهم، وما أعتقه، تسمع دعوى البائع، أمّا دعوى البيع، فظاهر، وكذلك دعوى العتق؛ لأن دعوى الإعتاق دعوى القبض عليه، وأنه يؤكّد حقه في

---

(١) "البيع بينهما" ساقط من(ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "القضاء بالبيع".

(٣) كذا في (ا) و (ب) وكان في الأصل: "إذا حلف"، وما ثبت أصح، كما جاء في الفصل الخامس أثناء الشرح.

الثمن، ويخرج المبيع عن ضمانه، ويسقط يمين التحالف عن نفسه، فكان خصمًا، فيحلف المشتري أولاً، لأن في يمين التحالف، يبدأ بيمين المشتري؛ لما قلنا.

فإذا ادّعى عليه أمرا زائداً أنكره المشتري، كان أولى، فيحلف: "بالله ما اشتريته[1] بمائة دينار، وما أعتقته"، يحلف يمينا واحدة عليهما؛ لما قلنا.

فإن نكل لزمه مائة دينار، وعتق عليه، ويلزمه الولاء؛ لأنه أقرّ بجميع ذلك، وإن أنكر الولاءَ أولاً، إلا أن الولاء مما لايحتمل الفسخ، فلا يبطل بالجحود، ولاسعاية على العبد؛ لأنه عتق بإعتاقه.

وإن حلف المشتري، أنه ما اشتراه بمائة دينار، وما أعتقه، برئ عن دعوى البائع، ولزم نصف العبد للبائع، وعتق عليه؛ لأن بيع النصف لم يثبت، فيعود إلى البائع، ويعتق عليه؛ لأنه أقرّ أنه باعه، وأعتقه المشتري، وصح إعتاقه، فإذا عاد إليه، يعتق عليه بحكم الإقرار.

من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بمائة دينار، وأنت أعتقته، وأنكر المشتري ذلك، وحلف، عتق العبد على المدّعي، كذلك هنا.

بقي النصف الذي تصادقا على البيع فيه، والبائع شهد على شريكه بالإعتاق في هذا النصف، فيجب السعاية للمشهود عليه، موسرا كان البائع أو معسرا، وقامت السعاية مقام المبيع، وثبت الخيار للمشتري، إن شاء نقض البيع، وإن شاء أجاز؛ لأن المبيع تغيّر بقول البائع في ضمانه.

فإن نقض البيع، عاد إلى البائع، وعتق عليه؛ لأنه أقرّ بحريّته، والولاء موقوف؛

---

(١) المثبت من النسخ الأخرى، وفي الأصل: "ما اشتراه".

لأنه ينفي الولاء عن نفسه، وبطلت السعاية؛ لأن دعواه الثمن على المشتري إبراء له عن السعاية.

وإن اختار المشتري إمضاء البيع، وأخذ السعايةَ، وأبى البائع أن يسلّم السعاية بخمسمائة درهم، وأخذ السعاية بمنزلة أخذ العبد[1]، فجاء أوان التحالف، وقد حلف المشتري مرة، فلا يحلف ثانياً، فيحلف البائع: "بالله ما باع النصف منه بخمسمائة درهم".

فإن نكل، أخذ المشتري السعاية، وأعطى البائع خمسمائة.

فإن كانت السعاية من الدراهم، يتصدق بالفضل على الثمن؛ لأنه ربح حصل في ضمان البائع، فيتصدّق به، وإن كانت السعاية من الدنانير، لايتصدّق بشيء؛ لأن الربح لايظهر عند اختلاف الجنس.

وإن حلف، تمّ التحالف، فيفسخ القاضي العقد بينهما، كما لو اختلفا في الثمن، وتحالفا حال قيام العبد، وتبطل السعاية؛ لما ذكرنا أن البائع حين ادّعى الثمن تبرأ عن السعاية.

وكان إسماعيل[2] بن حماد بن أبي حنيفة رحمهم الله يقول: ينبغي أن لايحلف

---

(١) سقط قوله: "وأخذ السعايةَ، وأبى البائع أن يسلّم السعاية بخمسمائة درهم، وأخذ السعاية بمنزلة أخذ العبد" في (ج) و (د)، وثبت في النسخ الأخرى.

(٢) إسماعيل بن حمّاد بن الإمام أبي حنيفة، الإمام ذو الفضائل الشريفة، والخصال المنيفة، تفقّه على أبيه وعلى الحسن بن زياد، ولم يدرك جده، سمع الحديثَ من أبيه وعمر بن ذَرّ والقاسم بن معن وابن أبي ذئب، وروى عنه سَهل بن عثمان العسكرى وعبد المؤمن بن على الرازى وجماعة، وولي القضاءَ بالجانب الشرقى ببغداد، وقضاءَ البصرة والرقة، وكان بصيرا بالقضاء عارفا بالأحكام

البائع؛ لأنه إذا حلف، يفسخ البيع بينهما، وتبطل السعاية، لما ذكرنا.

وإذا بطلت السعاية يبطل التحالف، لهلاك المعقود عليه من غير بدل[1]، فالتحالف في الابتداء يوجب بطلانه في الانتهاء، ولأن التحالف شرع لدفع الضرر من الجانبين، وهذا إضرار بالبائع؛ لأنهما إذا حلفا يفسخ البيع بينهما، ويعتق على البائع بغير سعاية، [إلا][2]أنا نقول: يمين البائع حق المشتري، وفي زعم المشتري أن السعاية واجبة على العبد، فيحلف البائع.

وإنما تبطل السعاية حكما؛ لعود العبد إلى ملك البائع، ومثل هذا لايمنع التحالف، كمن اشترى عبدا، وقبضه، فوجد به عيبا، فأراد أن يردّه، فقال البائع: إنك أعتقتَه بعد الشراء، وأنكر المشتري، وحلف، كان له أن يردّه على البائع، وإذا ردّه على البائع، يعتق عليه بإقراره، ولايمنع الردّ، كذلك هنا.

والوقائع والنوازل، صالحا ديّنا زاهدا، صنّف «الجامع» فى الفقه عن جدّه أبي حنيفة، وله «الردّ على القدرية» وكتاب «الإرجاء» و «رسالته إلى البستي»، ونقل الخصّاف في «أدب القاضي» عن شمس الأئمة الحلوانى قال: إسماعيل بن حمّاد نافلة أبى حنيفة، وكان يختلف إلى أبى يوسف، يتفقّه عليه، ثم صار بحال يزاحمه، ومات شابا. وذكر القارى أنه مات شابا سنة ٢١٢ هـ، ولو عاش حتى صار شيخا كان له منزلة بين الناس.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٣٢٨، «الطبقات السنية» برقم ٤٩٥، «الفوائد البهية» ص ٤٦، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٢٠، «تاريخ بغداد» ٦/ ٢٤٣، طبقات الشيرازي ١٣٧، تذكرة الحفاظ، العبر ١/ ٣٦١، مفتاح السعادة ٢/ ٢٥٨، ميزان الاعتدال ١/ ٢٢٦.

(١) لما قرّره الشارح في أصل الباب أن هلاك المعقود عليه بعد القبض لا إلى بدل يمنع التحالف. راجع ص ١٠٣٢.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

من المشايخ من قال: ما ذكر من التحالف قول أبي حنيفة؛ لأن عنده العتق[1] يتجزأ[2]، فالنصف الذي تصادقا على البيع فيه، بقي مملوكا، إلا أنه حدث به عيب، وحدوث العيب لايمنع التحالف.

وأما على [قولهما][3]: العتق لايتجزأ[4]، فإذا عتق بعضُه عتق كله، فالنصف الذي

---

(١) في (ا) و (ب) "الإعتاق".

(٢) الإعتاق يتجزأ عندالإمام أبي حنيفة رحمه الله، فمَن أعتق نصفَ عبده فهو بالخيار في النصف الباقي، إن شاء، أعتقه وإن شاء استسعاه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤدّ السعاية فهو كالمكاتب.

واستدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «من أعتَقَ شَقيصا في مملوكه فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإلا استُسْعِي العبدُ غيرَ مشقوق عليه». أخرجه أبوداود في كتاب العتق، باب من ذكر السعاية في هذا الحديث، الحديث: ٣٩٣٧، وزاد في رواية ابن ماجة: «من أعتق نصيبا له في مملوك، أو شقصا، فعليه خلاصه من ماله إن كان له مال. .» أخرجه ابن ماجة في كتاب العتق، باب من أعتق شركا له في عبد، الحديث ٢٥٢٧. وأخرجه البخاري في كتاب العتق، باب: إذا أعتق نصيبا في عبد وليس له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه، الحديث ٢٥٢٦.

وذكر السرخسي تأويل قوله صلى الله عليه وسلم في رواية "فهو حر كله" سيصير حرا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية، فيكون فيه بيانا أنه لا يستدام الرق فيما بقى منه، وهو مذهب أبي حنيفة. انظر: «المبسوط» ٧/ ١٠٣، «فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٣٣٣.

(٣) كذا في(ج) و (د)، وفي الأصل: "وأما على قول أبي يوسف"، وما أثبت أصح، نظرا إلى ما قال في الفقرة التالية: "لأن عندهما العتق".

(٤) لا يتجزأ العتق عندأبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ويعتق كله، ولا سعاية عليه، لقوله عليه

اتفقا على البيع فيه، قد عتق، وخرج من أن يكون محلا للفسخ، فينبغي أن لايتحالف، كما لو قتله البائع، ويكون القول فيه قول المشتري.

والصحيح أن هذا قول الكل، لأن عندهما العتق وإن كان لايتجزأ، وبالإعتاق فات المعقود عليه، لكن إلى بدل، وهو السعاية، وفوات المعقود عليه إلى بدل، يوجب التحالف، كما لو قتل العبد قبل القبض، واختلفا في ثمنه، فإنهما يتحالفان، ويترادّان، وتجعل القيمة قائمة مقام العبد.

فإن كان المشتري قبض العبد، ثم اختلفا على هذا الوجه، فهذا والأول سواء إلا في خصلتين:

إحداهما: أنه لاخيار للمشترى؛ لأن المبيع تغيّر في ضمان المشتري، وتغيّر المبيع في

الصلاة والسلام: «من أعتق شقصا من عبده فهو من كله، ليس لله فيه شريك». أخرجه أبوداود في كتاب العتق، باب فيمن أعتق نصيبا له في من مملوك، الحديث: ٣٩٣٣.

والعتق إسقاط للرق، والرق لا يتجزأ ابتداء وبقاء، فإسقاطه با لعتق لا يتجزأ أيضا، وبيانه أن فعله إعتاق، فلا يتحقق إلا انفعال العتق في بعض الشخص، لو بقي الرق في شيء منه كان في ذلك تجزّي الرق في محل واحد، وذلك لايجوز، فان الذي ينبنى على العتق من الأحكام يضاد أحكام الرق من تكميل الحدود، والاهلية للشهادات، والارث، والولايات، ولا يتصور اجتماع الضدين في محل واحد. ورجّح السرخسي قولهما فقال: الا صح أنه لايتجزأ، لأن سببه، وهو القهر لا يتجزأ، إذ لا يتصور قهر نصف الشخص دون النصف، والحكم ينبنى على السبب، وكذلك الا ستيلاد سببه لايتجزأ. وهو نسب الولد. «المبسوط» ٧/ ١٠٣، ١٨٦، «فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٣٣٤.

ضمان المشتري[1] لايوجب الخيار له[2]، وإن كان بفعل البائع، كما لو قتله البائع بعد القبض[3].

والثانية: أنه لايتصدق بشيء؛ لأن هذا ربح حصل في ضمانه.

قالوا: هنا خصلة أخرى، وهي أنهما لايتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن عندهما هلاك المعقود عليه بعد القبض، يمنع التحالف، وإن كان إلى بدل[4].

ومن المشايخ من قال: هنا خصلة أخرى، وهي أنه لاتُسمع دعوى الإعتاق من البائع؛ لأنه لايدعي لنفسه حقا.

الفصل الثاني:

إذا بدأ المشتري بدعوى العتق، فإن كان قبل القبض، تسمع دعواه، أمّا دعواه شراء النصف بخمسمائة فظاهر، وكذا دعوى العتق؛ لأن البائع إن كان[5] معسرا، فهو يدعي الخيار لنفسه بتغير المبيع، وإن كان البائع[6] موسرا، فهو يدّعي انتقاض البيع عند أبي يوسف ومحمد، وكذلك عند أبي حنيفة على أظهر الروايتين.

وإذا سمع دعوى المشتري يقول: في نصف العبد، وهو النصف الذي أنكر

(١) "وتغير المبيع في ضمان المشتري" ساقط من(ا) و (ب). وفيه انه لا يوجب .

(٢) في الأصل: للمشتري، والمثبت من (ج) .

(٣) قد سبق ذلك في أصل هذا الباب، وانظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٧٢، تحفة الفقهاء ٢/ ٩٥ .

(٤) راجع ص ١٠٣٢ من هذا الباب .

(٥) كذا في(ج) و (د) وفي الأصل: "إذا كان" .

(٦) "البائع" ساقط من (ج) و (د).

شراءه[1]، اليمين على المشتري خاصّة، وفي النصف الذي تصادقا على بيعه[2]، الواجب هو التحالف، فيبدأ بيمين المشترى.

وإن كان المشتري يدّعي أمرا زائدا، وهو الإعتاق إلا أن دعوى العتق، تنبني على تقدم شراءه النصف، وقد اختلفا في ثمنه، فيتحالفان، ولأنا لو بدأنا بيمين البائع بالعتق لايفيد؛ لأن فائدة اليمين النكول.

ولو نكل البائع عن دعوى العتق، كان من حجّته أن يقول: أعتقت بعد ما بعت، فلا يفيد، فلهذا يحلف المشتري[3]، فيحلف في النصفين يمينا واحدة: بالله ما اشترى العبد بمائة دينار، ويؤخذ حكم العتق إلى أن يظهر حكم البيع.

فإن نكل عن اليمين[4]، لزمه بيع العبد بمائة دينار، ويعتق عليه نصفه بسعاية، ونصفه بغير سعاية؛ لأن المشتري[5] يزعم أن العبد كان بينه وبين البائع، وبإعتاق البائع عتق نصفه بغير سعاية، ووجبت السعاية في النصف موسرا كان المعتق أو معسرا.

فإذا ملكه بالنكول بعد إقراره عليه، فيعتق نصفه بغير سعاية، ويخرج الباقي إلى الحرية بالسعاية، كما لو أقرّ أوّلاً، والولاء موقوف، ويلزمه مائة دينار بنكوله.

وهذا كله قول أبي حنيفة، وهو على الرواية التي قلنا: إن يسار البائع لايوجب

---

(١) وفي (ا) و (ب) "في نصف الذي ينكر شراءه".

(٢) وفي (ج) و (د) بلفظ: "على البيع فيه".

(٣) وفي (ا) و (ب) "يحلف المشتري اولاً".

(٤) "عن اليمين" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

انتقاض البيع.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: لايخلو: إما إن كان البائع موسرا، أو معسرا، فإن كان موسرا، فقد زعم المشتري أولاً أن إعتاق البائع أوجب انتقاض البيع، ونفذ إعتاقه في الكل من غير سعاية، فأخذنا بقوله الأول في إبطال السعاية، وحكمنا بعتق العبد بنكوله.

وإن كان البائع معسرا وجبت السعاية في النصف؛ لأن المشتري زعم أن البيع لم ينتقض، ووجبت السعاية، ولاخيار للمشتري[1]؛ لأن المبيع تغيّر بقوله، وهو دعوى العتق على البائع.

فإن قيل: كيف تجب السعاية للمشترى في نصف القيمة في قول أبي يوسف ومحمد، وقد ثبت العتق بإقراره؟ ولو كان كل[2] العبد له، فأعتق نصفه، عندهما لاتجب له السعاية.

قلنا[3]: المشتري شهد بالإعتاق، وما أوقع العتق، ألا ترى أن أحد الشريكين، إذا شهد بالإعتاق على صاحبه، لايضمن، وإن كان موسرا، ولو كانت الشهادة بمنزلة الإعتاق، كان ضامنا.

وكذا رجل قال لغيره: بعتك نصف عبدي، وأعتقتك[4]، وأنكر المشتري ذلك،

(١) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "كل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "والجواب".

(٤) وفي (ا) و (ب) "واعتقته".

وحلف، كان للبائع[1] أن يستسعيَ العبد في نصفه؛ لأنه ما أوقع العتق، وإنما عتق عليه حكما لإقراره، فينفذ على الوجه الذي أقرّ به، كذلك هنا.

فإذا أخذ[2] المشتري السعاية من العبد، يتصدّق بما زاد على نصف الثمن، إن كانت السعاية من الدراهم.

طعن بعض الناس، وقال: وهذا ليس بصحيح؛ لأن المشتري لما نكل[3]، وجب عليه الثمن مائة دينار، فإذا أدّى السعاية من الدراهم، والربح لايظهر عند اختلاف الجنس، وجب أن لايتصدق، وإنما يلزمه التصدّق إذا كانت السعاية من الدنانير.

والجواب: أن السعاية لاتجب بحكم النكول؛ لأنه لايعتق باعتبار النكول[4]، وإنما يعتق باعتبار دعواه العتق على البائع، فيجب بناء السعاية، والتصدق على الدعوى، وهو في الدعوى أقرّ أن الثمن دراهم، فيتعلق حق العبد في العتق، وحقّ الشرع بالتصدق بهذا الإقرار، فلا يتغيّر بنكوله.

هذا الذي ذكرنا[5] إذا نكل المشتري عن اليمين.

فإن حلف أنه ما اشتراه بمائة دينار، ولقد اشترى نصفه بخمسمائة، جمع بين الثمنين هنا، ولم يجمع فيما تقدم.

(١) وفي (ج) و (د): "للمدعي".

(٢) كذا ثبت في باقي النسخ، وفي الأصل: "وجد".

(٣) وفي (ا) و (ب) بلفظ: "لما نكل عن الثمن".

(٤) وفي (ج) و (د): "بحكم النكول".

(٥) وفي (ج) و (د): "هذا كله".

واختلف المشايخ فيه : قال القاضي الإمام أبو طاهر الدبّاس[1] رحمه الله : ما ذكر هنا ، وقع اتفاقا ، ولانحلّفه على هذا الوجه ، وإنما نحلّفه : بالله ما اشتريته بمائة دينار .

وقال القاضي الإمام أبو حازم[2] رحمه الله : يحلف كما ذكر هنا.

وجه ما قاله أبو طاهر : أن يمين التحالف لم تسقط[3] ؛ لأن في زعم المشتري أن

---

(١) هو محمد بن محمد بن سُفيان، أبو طاهر، الدبّاس، الفقيه، قال ابن النجار : إمام أهل الرأي بالعراق، وكان من أهل السنة والجماعة صحيح المعتقد، أخذ الفقه عن القاضي أبي خازم عبد الحميد عن عيسى بنَ أبان عن محمد، تخرّج به جماعة من الأئمة، وقال الصيمرى : كان من أقران عبيد الله الكرخى، وكان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات، بخيلا بعلمه، ضَنينا به ، وَلِيَ القضاء بالشام، وخرج منها إلى مكة فمات بها . ونقل اللكنوي عن السيد أحمد الحموى فى حواشى الأشباه والنظائر أن الدباس انتساب إلى بيع الدبس المأكول، وذكر ابن نجيم صاحب الأشباه والنظائر، له حكاية ضبط الفروع فى القواعد تدل على شدة ذكائه حيث أنه جمع قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة، راجع «الأشباه والنظائر» ص ١٠ .
ترجمته في: الجواهر المضية برقم ١٤٨ ، الطبقات السنية برقم ٢٢٥٠ ، الفوائد البهية ص١٨٧ كتائب أعلام الأخيار برقم١٦١ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٤٢ طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٦١ ، أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ١٦٢ ، الوافي بالوفيات ١/ ١٦٢ .

(٢) هو عبد الحميد بن عبد العزيز، القاضي، أبو حازم، وتقدم ترجمته في ص ٢٥٦ ، ونقل اللكنوي عن القاري أن كنيته أبو خازم، بالخاء المعجمة، وذكر ابن الأثير في جامع الأصول في ترجمة الدلحاوي أن كنيته عبد الحميد أبو حازم، بالحاء المهملة والزاي، وهذا ما ذكره قاضي خان في عدة مواضع من شرح الزيادات، وابن الهمام في كتابه «فتح القدير» ٨/ ٢٢١ . و انظر «الفوائد البهية» ص ٨٦ .

(٣) وفي (ج) و (د): "لم تسقطه"، وما ثبت أولى .

المبيع، فات إلى بدل[1] قبل القبض، وهو السعاية، وما دام التحالف باقيا، يستحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه.

وجه ما قاله أبو حازم: أن المبيع وإن كان هالكا قبل القبض من وجه، فهو هالك بعد القبض من وجه؛ لأن المشتري لما ادّعى العتق على البائع، وأنكر البائع عتق العبد بإقرار المشتري، فكان ثبوت العتق بإقراره، بمنزلة ثبوته بإنشائه.

ولو أنشأ العتق يصير قابضًا، فكان المعقود عليه هالكا بعد القبض من وجه، وهلاك المعقود عليه بعد القبض يمنع التحالف.

ولو استبان وجوب التحالف، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن فائدة التحليف النكول، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه.

وإذا استبان سقوط التحالف، يحلف على الإثبات؛ لأنا لما سقط يمين البائع، بقي القول قول المشتري مع يمينه في دعوى الفعل.

وفي مثل هذا يحلف على الإثبات، كالمودع إذا ادّعى الردّ، وهنا وقع الاشتباه في سقوط التحالف، فيجمع بين اليمينين.

ولو جمع بين اليمينين في كل فصل، لابأس به؛ لأن البائع لما ادّعى بيع الكل بمائة دينار، فقد ادّعى بيع كل نصف منه بخمسين دينارا.

فإذا حلف المشتري: بالله ما اشتراه بمائة دينار، وانتفى بيع الكل بمائة دينار، وكان صادقًا في يمينه، لاينتفي بيع النصف بخمسين دينارا، فيجمع بين اليمينين.

فإن حلف على هذا الوجه، برئ عن دعوى البائع، بقي دعوى العتق على البائع،

---

(١) وفي (ا) و (ب) و (ج) و (د): "خلف".

والمشتري بهذه الدعوى يدّعي انتقاض العقد أو الخيار، فكان خصما على كل حال، فيحلف البائع: "بالله ما أعتقه"؛ لأنه لو حُلِّفَ على البيع، ربما ينكل، فيثبت بيع النصف بخمس مائة، فيحلف على العتق بعد ذلك، فربما ينكل عن يمين العتق[1]، فينتقض ذلك البيع في بعض الوجوه، فلا يفيد التحليف على البيع، فإن نكل عن اليمين، فقد صدق المشتري، فيما قال.

فإن كان البائع موسرا، انتقض البيع بينهما عند أبي يوسف ومحمد، وكذلك في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، ويعتق من مال البائع، والولاء له.

وفي استسعاء البائع في نصف القيمة روايتان عن أبي حنيفة، وعندهما لا سعاية للبائع؛ لأن عندهما الشريك المعتق[2] لا يستوجب السعاية.

هذا على الرواية التي انتقض البيع.

وعلى الرواية الأخرى: يتخيّر المشتري بين الضمان والسعاية، فإن اختار التضمين، انتقض البيع؛ لامتناع أن يكون المبيع مضمونا على البائع بالقيمة، وإذا انتقض البيع، صار هذا والوجه الأول سواء.

وإن اختار السعاية، قامت السعاية مقام المبيع، فإن أبى البائع أن يسلم السعاية، إلا بخمسين دينارا، جاء أوان التحالف، وقد حلف المشتري مرّة[3]، فيحلف البائع: بالله ما باع النصف منه بخمسمائة.

---

(١) قوله: "عن يمين العتق" ساقط من (ا) و (ب) و (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "العتق لايستوجب". وفي (ا) و (ب) "المعتق لا يستوجب"

(٣) "مرة" ساقط من (ا) و (ب).

فإن نكل عن اليمين[1] ثبت ما ادّعاه المشتري، وهو بيع النصف بخمسمائة درهم، فيأخذ السعاية بخمسمائة، ويتصدّق بالفضل إن كانت السعاية من الدراهم، وإن كانت من الدنانير، لايتصدق بشيء؛ لما مر[2].

ومن المشايخ من قال: في هذا الفصل، وهو ما إذا ادّعى المشتري العتق، يبدأ بيمين البائع أوّلاً، فيحلف البائع أوّلاً على العتق[3]؛ لأنه متى ثبت ذلك، كان للمشترى أن ينقض البيع في النصف المقرّ به، فلايفيد التحالف.

كما لو اختلفا في الثمن، وللمشتري خيار رؤية، أو شرط، أو عيب، فإنهما لايتحالفان، فكذا إذا ادّعى المشتري العتق على البائع.

وقد ذكرنا الجواب عن هذا أن دعوى المشتري العتق على البائع، لاتسمع ما لم يتقرّر بيع النصف.

هذا إذا كان البائع موسرا، ونكل عن يمين العتق.

فإن كان معسرا، وجبت السعاية على العبد للمشتري[4] في نصف قيمته، ويخيّر المشتري لتغيّر المبيع بإعتاق البائع قبل القبض، فإن نقض البيع، عاد كله إلى البائع، ولايسعى للبائع في شيء؛ لأن البائع[5] حين ادّعى الثمن على المشتري، فقد أبرئ العبد

---

(١) قوله: "عن اليمين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بشيء؛ لما مر" ساقط من(ا) و (ب).

(٣) وفي (ا) و (ب) "ويحلف على العتق".

(٤) "للمشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "البائع" ساقط من (ج) و (د).

عن السعاية.

وذكر بعضهم أنه يسعى للبائع في نصف قيمته، وهو النصف الذي اتفقا على البيع فيه؛ لأن البائع قام مقام المشتري في هذا النصف، وقد كان يسعى للمشترى في هذا النصف، فإذا عاد إلى البائع، قام البائع مقامه، ويكون موقوف الولاء.

وإن اختار المشتري أخذ السعاية، وأبى البائع تسليم السعاية بخمس مائة درهم، كان هذا وما لو كان البائع موسرا، ونكل عن يمين العتق، واختار المشتري السعايةَ سواء.

هذا الذي ذكرنا إن نكل البائع عن يمين العتق، فإن حلف: "بالله ما أعتقَه"، وقد كان البائع موسرا، قال محمد رحمه الله: لزم المشتري خمس مائة في قياس قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله، ويعتق العبد، ولايسعى لواحد منهما؛ لأن البائع لما حلف على العتق، بقي العتق مضافا إلى المشتري، ويصير المشتري قابضا. وهلاك المبيع في ضمانه، يمنع التحالف.

وقد حلف المشتري على دعوى البائع، فيلزمه ما أقرّ به، وعتق العبد بإقراره، ولايسعى في شيء؛ لأن المشتري يزعم أن البيع قد انتقض في قول أبي يوسف، وكذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وقد قال مشايخنا قولُ أبي حنيفة مع أبي يوسف هنا غلطٌ من الكاتب[1].

ويجب أن يجري التحالف بينهما، ويجب السعاية في قول أبي حنيفة، وادّعاؤه العتق على صاحبه، لايبرئ العبد عن السعاية، كما لو شهد أحد الشريكين على صاحبه بالعتق، كان للشاهد أن يستسعي العبد في قول أبي حنيفة، موسرا كان المشهود عليه أو

(١) أي: وقع سهو من ناسخ «الزيادات».

معسرا.

ألا ترى أنه فرّق هنا بين يسار البائع وإعساره، وعند أبي حنيفة يسار المعتق لايمنع السعاية[1]، فدلّ ذلك على أن ذكر قول أبي حنيفة مع أبي يوسف، ههنا غلط وقع من الكاتب[2].

ومنهم من حمل قول أبي حنيفة على الرواية الأخرى، لأبي حنيفة: أن يسار البائع يوجب انتقاض البيع، فإذا زعم المشتري انتقاض البيع، لايحلف البائع على البيع، ويقضى على المشتري بخمس مائة، وحكمه ما قلنا.

وأما عند محمد: بهلاكه لايسقط التحالف، وقد حلف المشتري مرّة، فلا يحلف ثانيا، فيحلف البائع: بالله ما باع النصف منه بخمس مائة درهم، فإن نكل، فالأمر على ما قاله[3] أبوحينفة وأبو يوسف، لزمه البيع في النصف بخمسمائة درهم.

وإن حلف، تمّ التحالف، فينتقض البيع في النصف الذي تصادقا على بيعه بنصف قيمته، ويردّ المشتري نصف قيمة العبد.

هذا إذا كان البائع موسرا، فإن كان معسرا، وقد حلف أنه ما أعتقه، فالسعاية واجبة عند الكل، ولاخيار للمشتري؛ لأن تغيّر المبيع مضاف إلى دعوى المشتري الإعتاقَ.

فإن أبى البائع أن يسلم السعاية، حلف البائع: "بالله ما باع النصف منه بخمس مائة درهم"، فإن نكل، أخذ المشتري السعاية، وحُكم التصدق ما قلنا.

---

(١) وفي (ا) و (ب) "لا يمنع وجوب السعاية".

(٢) وجاء في (ا) و (ب) و (ج) و (د) بعبارة: "وقع غلط من الكاتب" وما أثبت أولى.

(٣) وفي (ج) و (د) "فا لأمر كماقاله"

وإن حلف، ترادّا البيع؛ لقيام المبيع ببدله، وهو السعاية، وتكون السعاية للبائع؛ لأنها وجبت بإيجاب المشتري، وقامت مقام المبيع، فإذا انتقض البيع، عادت إلى البائع، بخلاف ما تقدم؛ لأن فيما تقدم السعاية[1] وجبت بدعوى البائع؛ لأن دعوى الإعتاق كان من جهته، فإذا عادت إليه، تسقط بناءً على زعمه.

وإن كان المشتري قبض العبد، والمسألة بحالها، فالجواب كذلك، إلا في خصلتين: الخيار، والتصدّق بفضل السعاية.

وينبغي أن لاتسمع دعوى المشتري العتق على البائع؛ لأنه لايدّعي نقضا، ولاخياراً، إلا أن يكون موسرا، فيدّعي الضمان على البائع، و لايستحلف بدون الدعوى، إنما اختلف أصحابنا في الشهادة على عتق العبد من غير دعوى.

الفصل الثالث:

أن يدّعي كل واحد منهما الإعتاق على صاحبه، فإن بدأ البائع، فقال: بعته منه بمائة دينار، وأنه أعتقه، وقال المشتري: ما اشتريت إلا نصف بخمس مائة درهم، وما أعتقته، بل أعتقه البائع، يحلف المشتري يمينا واحدة: "بالله ما اشتراه بمائة دينار، وما أعتقه"، لأن البائع لما بدأ بالدعوى توجّهت اليمين على المشتري أولاً.

فإن نكل، لزمه العبد بمائة دينار، وعتق عليه؛ لأنه أقرّ بجميع ما ادّعى، ولايسعى العبد له في شيء؛ لأنه أقرّ أنه أعتق الكل.

وإن حلف المشتري، يحلف البائع: "بالله ما أعتقه"، لأن المشتري لما حلف، بقي نصف العبد على ملك البائع، فيتوجّه عليه دعوى المشتري؛ لأنه يدّعي انتقاض العقد، أو

---

(١) وفي (ا) و (ب) "لأن ثم السعاية".

الخيار لنفسه.

فإن نكل عن اليمين[١]، ظهر ما ادعاه المشتري، فإن كان البائع موسرا، انتقض البيع بينهما عند أبي يوسف ومحمد، وفي أظهر الروايتين[٢] عن أبي حنيفة رحمهم الله، وفي رواية أخرى عنه: يخيّر المشتري.

وإن كان البائع معسرا، يخيّر المشتري؛ لأن التغيّر حصل بدعوى البائع، لأنه هو الذي بدأ[٣] بدعوى الإعتاق، خصوصًا إذا نكل، فإن اختار نقضَ البيع، عتق العبد، ولايسعى للبائع؛ لأن البائع ادّعى الثمنَ والعتق على المشتري، فصار مبرئًا له عن السعاية.

وإن اختار إمضاء البيع، وأبى البائع أن يسلم السعاية، إلا بخمسين دينار، حلف البائع: بالله ما باعه النصف بخمس مائة درهم، فإن نكل، أخذ المشتري السعاية بخمس مائة درهم، ويتصدّق بالفضل على ما مرّ.

وإن حلف، ترادّا البيع، وعتق كله على البائع؛ لأنه أقرّ بحرّيته، حيث أقرّ بإعتاق من كان مالكا في زعمه، فيؤاخذ بإقراره إذا ملكه، ولايسعى له في شيء؛ لأنه أبرأه عن السعاية بدعوى الثمن[٤]، والعتق على المشتري.

هذا إذا نكل البائع عن يمين العتق، فأما إذا حلف: بالله ما أعتقه، فهو على وجهين، إما إن كان البائع موسرا، أو معسرا.

---

(١) قوله: "عن اليمين" ساقط من (ا) و (ب) و (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "إحدى الروايتين".

(٣) وفي (ا) و (ب) و (ج) و (د): "هو البادئ".

(٤) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "وادّعى الثمن".

فإن كان موسرا، عتق كله؛ لأنهما تصادقا على عتقه، فإن كلّ واحد منهما أقرّ بنفوذ العتق فيه ممن كان مالكا، ولايسعى لواحد منهما؛ لأن المشتري يزعم أن البيع قد انفسخ بإعتاق البائع.

والبائع يزعم أن حقه في الثمن دون السعاية، وغرم المشتري للبائع خمسمائة درهم مع يمينه: بالله أنه اشترى نصفه بخمسمائة؛ لأن البائع لما حلف أنه لم يعتقه، لم يثبت العتق من جهته، فصار العبد هالكا قبل القبض، لا إلى بدل؛ لأن المشتري لايستوجب السعاية إذا كان البائع موسرا في قول أبي يوسف، وكذلك في قول أبي حنيفة في رواية.

ولايتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويكون القول قول المشتري مع يمينه.

ثم قال في الكتاب[1]: مع يمينه: بالله لقد اشترى نصفه بخمس مائة درهم؛ لأنه لم يحلفه على هذا الوجه في الابتداء، فإذا بطل التحالف في الانتهاء، عاد إلى اليمين على الإثبات.

وأما عند محمد يتحالفان، ويترادّان البيع في ذلك النصف؛ لأن عنده هلاك المبيع لايمنع التحالف، والمشتري وإن كان يزعم انتقاض العقد، فالبائع ينكر ذلك، وينازعه، فوجب تحليفه.

فإن حلف، غرم المشتري للبائع نصف قيمة العبد، كما هو حكم التحالف عنده بعد هلاك المعقود عليه، هذا إذا كان البائع موسرا.

---

(١) هكذا وردت العبارة في جميع النسخ، وهي لا تخلو من غموض، ولعل المراد أن الإمام محمد قال في الزيادات أن القول قول المشتري مع يمينه: "بالله لقد اشترى نصفه بخمس مائة درهم"، والله أعلم.

وإن كان معسرا، وقد حلف أنه ما أعتقه، يخيّر المشتري لتغيّر المبيع في ضمان البائع بقول البائع، حيث ابتدأ بدعوى الإعتاق على المشتري، أو لايجعل مضافا إلى البائع[1]، ولا إلى المشتري؛ لأن كل واحد منهما، حلف على العتق، فبقي التغيّر حاصلا لابصنع أحد، وذلك يوجب الخيار.

فإن اختار المشتري[2] نقض العقد، لم يسع العبد لواحد منهما، أما المشتري فظاهر، وأما البائع فلأنه يدعي الثمن، ويبرئ عن السعاية، فيعتق من غير سعاية[3].

وإن اختار الإمضاء، وأبى البائع أن يسلم السعاية، جاء أوان التحالف فيتحالفان؛ لأن المشتري يدّعي السعاية في هذا الوجه، فكان المبيع هالكا ببدل، والبائع وإن كان لايدّعي السعاية، لكن يمين البائع حق المشتري، فيحلف البائع: بالله ما باع النصف منه بخمسمائة، فإن نكل، أخذ المشتري السعاية بخمسمائة درهم، وحكم التصدق ما قلنا.

وإن حلف، ترادّا البيع، وبطلت السعاية؛ لما قلنا، هذا إذا كان قبل القبض، وإن كان بعد القبض، فهذا وما تقدم سواء، إلا في خصلتين: إحداهما: أنه لايتصدق بشيء، والثانية: أنه لاخيار للمشتري.

وهنا خصلة أخرى: أن هنا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لايتحالفان؛ لأن عندهما تغير المبيع في ضمان المشتري، يمنع التحالف، فالهلاك أولى[4]، ولايحلف البائع على دعوى المشتري.

---

(١) في الأصل: "مضافا إليه"، والمثبت من (ج) و (د).

(٢) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "ويبرئ عن السعاية، فيعتق من غير سعاية." ساقط من (ا) و (ب)

(٤) سقط قوله: "فالهلاك أولى" في (ا) و (ب) و (ج) و (د).

وإن[1] كانت البداية بدعوى الإعتاق من المشتري، والمسألة بحالها، يحلف المشتري: "بالله ما اشتراه بمائة دينار"، ولم يذكر العتق، ثم قال بعد ذلك: فإن حلف المشتري: "بالله ما اشتراه بمائة دينار وما أعتقه."

وحاصله: أن القاضي بالخيار، إن شاء بدأ بحكم العقد، ثم بالعتق، بخلاف ما تقدم، لأن فيما تقدم الاستحلاف على العتق بدعوى البائع يؤكّد الثمن، ويجعل المبيع في ضمان المشتري.

وهنا مقصود البائع حاصل من غير يمين المشتري على العتق، لأن المشتري لما بدأ بدعوى العتق، كان ذلك استهلاكا، وبالاستهلاك[2] يدخل المبيع في ضمانه، فلا يحلف على دعوى العتق إن شاء، وإن شاء نظر للمشتري، ويجمع بين اليمينين، ولا ينظر إلى البداية؛ كيلا يؤدي إلى تكرار اليمين.

فإن جمع، كان هذا والفصل الأول سواء، إلا أنه لاخيار للمشتري هنا إذا حلف البائع أنه لم يعتقه، وهو معسر، حتى وجبت السعاية؛ لأن التغيّر جاء من جهة المشتري، حيث بدأ بدعوى الإعتاق، وفي الفصل الأول التغيّر والفساد جاء من جهة البائع، حيث بدأ بدعوى الإعتاق، أمّا فيما وراء ذلك، الجواب فيه كالجواب فيما تقدم، فإن أقرّ، وحلف يحكم العقد.

فإن نكل المشتري عن اليمين بالشراء، لم يستحلف على العتق بدعوى البائع؛ لأن حقه قد ثبت، وصار المشتري مستهلكا بإقراره بالعتق على البائع، وإنما يستحلف بدعوى

---

(١) زاد في الأصل هنا: "الفصل الرابع" وهو خطأ من الناسخ، لم يثبت في النسخ الأخرى، وسيأتي الفصل الرابع في الصفحات التالية.

(٢) "وبالاستهلاك" ساقط من (ا) و (ب) وفيه "فيدخل"

العبد.

وإن حلف المشتري على الشراء، فإن البائع يستحلف على العتق أولاً، فإن نكل، صار كالإعتاق المعايَن، ويخيّر المشتري في السعاية، إذا كان البائع موسرا[1].

وإن [حلف البائع][2]، حُلّف المشتري حينئذ على الإعتاق بدعوى البائع، فإن نكل صار كالإعتاق المعاين، فصار كعبد بين اثنين، أعتقه أحدهما، ثم يبطل يمين التحالف في قول أبي حينفة وأبي يوسف؛ لهلاك المعقود عليه، ولا يبطل عند محمد.

ثم في كل موضع ثبت العتق في نصيبه بإعتاقه، ثبت الولاء له، وإن ثبت العتق في نصيبه بإعتاق شريكه، وشريكه منكر، فالولاء موقوف؛ لأن كل واحد منهما، يدفع الولاءَ عن نفسه.

وإن ادّعياه معًا، فهذا وما لو بدأ المشتري، بدعوى العتق سواء؛ لأن الفساد في نصيب كل واحد منهما مضاف إليه، لا إلى شريكه، فكان الجواب فيه، كالجواب فيما إذا بدأ المشتري بدعوى العتق.

الفصل الرابع:

أن يختلفا في البيع من غير دعوى العتق، ثم حلف البائع، وقال: هو حر إن لم يبعه كله بمائة دينار، وحلف[3] المشتري، وقال: هو حر إن اشترى، إلا نصفه بخمسمائة

(١) كذا ثبت في (ا) و (ب) و(ج) و (د)، وجاء في الأصل: "معسرا"، وهو خطأ.

(٢) لم يثبت ما بين المعكوفتين في الأصل، وزيد من (ج) و (د)، وفي (ا) و (ب): "وإن حلف حلف المشتري".

(٣) في الأصل: "يحلف المشتري"، وما ثبت أصح.

درهم، فقد شهد كل واحد منهما بالعتق على صاحبه.

قال محمد رحمه الله: البادئ باليمين هو البادئ بدعوى العتق؛ لأن كل حالف[1] يدّعي البرَّ في يمينه، والحنثَ على الحالف الآخر، فكان كل واحد منها مدّعيا مكذّبا صاحبه، فالحالف الأول مكذبٌ صاحبه قبل تكذيب الثاني الأول، فيكون الفساد مضافا إلى البادئ باليمين.

طعن عيسى[2] رحمه الله، وقال: هذا غلط، بل البادئ منهما باليمين[3]، هو المتأخّر في دعوى العتق؛ لأنهما لمّا اختلفا، وتناكرا، ثم حلف أحدهما، فقد كذّبه الآخر في يمينه بالإنكار السابق، وصار شاهدا على صاحبه بالإعتاق، والحنث في يمينه.

أما البادئ لايتصور أن يكون شاهدا على صاحبه بالحنث قبل اليمين، فلا يكون شاهدا عليه بالإعتاق، إلا بعد اليمين[4].

فالجواب: إنما نحتاج إلى معرفة البادئ بدعوى العتق، لنضيف الفساد إليه، ونبني حكما شرعيا، فيبطُل الخيار، أو يثبت، وكل واحد منهما بعد التناكر، جعل منكرا بناءً على استصحاب الحال، والثابت باستصحاب الحال[5] لايصلح حجةً لأمر لم يكن[6].

---

(١) وفي (ا) و (ب) "كل واحد".

(٢) هو الإمام عيسى بن أبان بن صدقة، القاضي، أبو موسى، وتقدم ترجمته في ص ٤٠٩.

(٣) وفي (ا) و (ب) "باليمين منهما".

(٤) "إلا بعد اليمين" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "الاستصحاب" في اللغة: استفعال من الصحبة، قال ابن فارس: الصاد والحاء والباء أصل واحد يدل على مقارنة شيء ومقاربته، وكل شيء لازَمَ شيئا فقد استصحبه، فيكون معنى الاستصحاب في اللغة الملازمة وعدم المفارقة. «معجم مقاييس اللغة»، مادة "صحب".

فإذا حلف أحدهما، كان صاحبه مكذبا له باستصحاب الحال، فلا يصلح ذلك لإثبات أمر لم يكن، والذي حلف، أكّد إنكاره باليمين، وخرج من أن يكون محتملا للنقض، فيصلح حجة.

فإذا حلف صاحبه، صار البادئ باليمين بالإنكار المؤكد باليمين، شاهدا عليه بالحنث، فكانت شهادته على صاحبه بالعتق أسبق، ولو حلف معا، فهو بمنزلة ما لو ادعيا العتق معًا، وقد بيّنا ذلك.

أما الفصل الخامس:

الذي ختم به الباب[1]، وهو أنهما حلفا قبل التناكر[2]، بأن قال البائع: "بعت منك

و الاستصحاب عند الفقهاء: "لزوم حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه". و عرّفه الجرجاني بأنه: "عبارة عن إبقاء ماكان على ما كان عليه، لانعدام المغير، وهو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناءً على الزمان الأول"، وهو أصل من أصول الشريعة تدور عليه مسائل وفروع، وتصدّى الفقهاء والأصوليون لبيانه في كتب الأصول والقواعد الفقهية. انظر «الكليات» لأبي البقاء، ص١٠٦، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٢١. «شرح المجلة» لخالد الأتاسي ١/ ٢٠، «التعريفات» للجرجاني ص ٣٤.

(٦) عبّر الإمام الحَصيري هذه القاعدة بقوله: "الثابت بالظاهر لايعتبر لإثبات ما لم يكن"، «التحرير شرح الجامع الكبير» للحصيري، مخطوط، ورق ٦/ ٧٨٢. وانظر «القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير» ص٤٨٥.

و ذكرها الإمام السرخسي في المبسوط بوضوح أكثر، فقال: استصحاب الحال معتبر في إبقاء ماكان على ما كان، وهو غير معتبر في إثبات ما لم يكن. انظر «المبسوط» ١١/ ٢٤، ٤٦، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٢١.

(١) كذا في بقية النسخ، وفي الأصل: الذي ثَمّ ختم الباب"

بمائة دينار، وهو حرّ إن لم يكن بعتك بمائة دينار"، وقال المشتري: "هو حر إن كنت اشتريت منك، إلا نصفه بخمس مائة درهم"[1]، فالفساد يضاف إلى المشتري على كل حال[2]، تقدم أو تأخر، أو تكلّما معًا؛ لأن أول الكلام لايصير شهادة؛ لعدم المنازعة والإنكار، فيتوقف على وجود الثاني.

والثاني كما يوجد، يوجد شهادة لتقدم المنازعة، فيصيران شهادة في ساعة واحدة، فيصير كأنهما ادعيا معًا، فكان الفساد مضافا إلى المشتري[3].

ـ والله أعلم ـ

---

(٢) العبارة في (ا) و (ب): "وهو ما إذا حلفا قبل المناكرة".

(١) "درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) انظر «فتاوى قاضي خان» ٢/ ٢٢٥.

(٣) فصّله الإمام قاضي خان في فتاواه بأن رجلا اشترى عبدا واختلفا في الثمن وحلفا، فقال البائع: إن بعته إلا بألف درهم فهو حر، وقال المشتري: إن اشتريته إلا بخمس مائة درهم فهو حر، فالبيع لازم للمشتري، ويجبر المشتري على الثمن الذي أقرّ به، ولايعتق العبد، لأن البائع أقرّ أن المشتري يحنث في يمينه وعتق عليه العبد، فلا يمكن نقض البيع، ولايعتق العبد، فكان على المشتري الثمن الذي أقرّ به، لأنهما تصادقا على ثبوت الملك للمشتري، والمشتري ينكر العتق، فلايعتق العبد، وإنما يلزمه الثمن الذي أقر به لأنه ينكر الزيادة. «فتاوى قاضي خان» على هامش الفتاوى الهندية، ٢/ ٢٢٥.

باب من البيوع التي يكون فيها الشروط ولايوفي بها

جمع محمد رحمه الله في الباب بين شرطين:

أحدهما: يتعلق بفواته خيار الردّ، والثاني: يتعلق بفواته فساد العقد، وكل واحد على[1] وجهين: إما أن أفرد كل واحد منهما، أو جمع بينهما في عقد واحد.

وبنَى الباب على على أصول ثلاثة:

أحدها: أن فوات المشروط الذي يُعدّ[2] نقصانا يوجب خيار الردّ؛ لأن المشروط مرغوب فيه؛ لما يتعلق به من زيادة المالية، فكان بمنزلة صفة السلامة[3].

والثاني: أن المشار إليه إذا كان من جنس المسمى، تعلق العقد بالمشار إليه، ويثبت الخيار لعدم المسمى، ولايبطل العقد، وإذا كان من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى، فيبطل لعدمه؛ لأن التسمية للتعريف، والإشارة كذلك، وكل واحدة منهما، تفيد غير ما أفادته الأخرى، فيجب اعتبارهما.

---

(١) وفي (ا) و (ب): "وكل ذالك على".

(٢) في (ج) و (د): لايعدّ نقصانا"، وهو خطأ.

(٣) فوات الوصف المرغوب فيه المستحَقّ في العقد بالشرط يوجب التخيير، لأنه ما رضي به بدونه، فصار كفوات وصف السلامة. انظر «الهداية» ٣/ ٣٢، «فتح القدير» ٦/ ٣٠٧، ٣٠٨، «اللباب بشرح الكتاب» ١/ ٢٠٤.

فإذا انعدم المسمّى، تعذّر اعتبارهما، فعملنا بالإشارة في الجنس الواحد، وقلنا: بجواز العقد وثبوت الخيار؛ لانعدام الوصف المشروط، وعملنا بالتسمية في الجنسين، فيتعلق العقد بالمسمّى، والمسمى[1] معدوم فبطل؛ ليكون عملا بهما، ولم نعمل على العكس؛ لأنا لو اعتبرنا الإشارة في الجنس، وقلنا: بجواز العقد مع كثرة التفاوت بينهما في المنفعة والمالية[2]، يلزمنا[3] القول بجواز العقد في الجنس الواحد عند قلة التفاوت في المنفعة والمالية، فيتعطل العمل بالدليلين.

والثالث: أن المستحق بالشرط أدنى ما ينطلق عليه ذلك الاسم؛ لأن الأدنى[4] متيقّن؛ لأنه مستفاد من الاسم بيقين، أمّا الزيادة لاتستفاد من الاسم بيقين، والزيادة على الأدنى مجهولة غير مضبوطة.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى عبدا على أنه خبّاز أو كاتب، صحّ العقد والشرط؛ لأنه شرَط وصفا يزيد في المالية، فكأن ملائما، بمنزلة اشتراط صفة الجودة.

بخلاف ما لو اشترى ناقة، على أنها حامل، أو على أنها لبون[5]، حيث لايصح

---

(١) وفي (ج) و (د): "وأنه معدوم" بسقوط المسمى.

(٢) "بينهما في المنفعة المالية" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وفي (ج) و (د): "لزمنا".

(٤) وفي (ج) و (د): "لأنه متيقّن".

(٥) هذا قول الإمام محمد رحمه الله، رواه ابن سماعة عنه، واختاره الإمام الكرخي، ذكره السرخسي ونقل عنه أن هذا وما لو شرط أنها تحلب كذا سواء، لان اللبن زيادة مال منفصل، ولا

العقد؛ لأنه شرط عَينا لايدري وجوده، ولايعرف حياته[1]، والأعيان يقابلها البدل، فجهالتها تمنع جواز العقد، أمّا هذا اشتراط وصف، والأوصاف لايقابلها البدل[2]،

يكون لبونا حلوبا إلا به، وتلك الزيادة مجهولة على ما مر، فصار كما لو اشترى على أنها حامل.

ويرى الإمام الطحاوى أن هذا شرط وصف مرغوب فيه، فلا يفسد العقد به، كما لو شرط في العبد أنه كاتب أو خباز، ولان هذا يذكر علي سبيل بيان الوصف لا علي سبيل الشرط، لان هذا وصف مرغوب فيه، كما إذا اشتري فرسا على أنها هملاج أو اشتري كلبا على أنه صائد، فانه يجوز كذلك هنا، وهكذا روي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في الحلوب، بخلاف ما إذا اشترط أنها تحلب كذا، لان الفساد باشتراط مقدار لبن في الضرع، ولا طريق إلى معرفته.

وفي حدّ تعبير البابرتي: "ضمّ المعلوم إلى المجهول يصير الكلّ مجهولا. راجع «المبسوط» ١٣/ ٢٠، «فتح القدير» و«العناية» ٦/ ٣٠٧.

(١) لقد أجاد ابن الهمام في بيان ضابط له: بأن الأصل في اشتراط الأوصاف أن ما كان وصفا لا غَرَر فيه فهو جائز، وما فيه غرر لا يجوز، إلا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده، وهو ما ليس مرغوبا فيه، فعلى هذا يتفرّع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندالحنفية، لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها، حتى لوشرط أنها حلوب جاز. انظر «فتح القدير مع العناية» ٦/ ٣٠٦.

(٢) الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد، فليس له أن يأخذ في مقابل فواته شيئا، وهذا لأن الثمن عين، فإنما يقابله مثله، والوصف دونه، فإنه عَرض لا يحرز بانفراده، فلا يقابل به إلا تبعا لمعروضه غير منفرد عنه. وقوله: "بمجرد العقد" احتراز عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة، كما لوضرب البائع الدابة، فتعيّبت، فإن الوصف حينئذ يفرد بالضمان، ويتخير المشتري، وكذا إذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض، فإنه يسقط نصف الثمن، لأنه صار مقصودا

فاشتراطها لايمنع جواز العقد، ثم إذا جاز هذا العقد[1]، فإن وجده غير خباز، أو غير كاتب، كان له الخيار[2]؛ لما قلنا في أصل الباب.

فإن لم يردّ حتى تعيّب عنده بعيب، أو مات، يرجع بالنقصان، فيقوّم خبّازا، أو كاتبا أدنى ما ينطلق عليه هذا الاسم؛ لما قلنا: إن المستحق بالشروط[3] أدنى ما ينطلق عليه هذا الاسم[4]، ويقوّم غير خباز، فيرجع بفضل ما بينهما.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا تعذر الردّ هنا، لايرجع بشيء[5]؛ لأن الخيار إنما يثبت له بحكم الشرط، لا بحكم العقد، فإذا تعذر الردّ، لايرجع بشيء، كما إذا اشترى شيئًا بشرط الخيار، وتعذّر الردّ بحكم الخيار، لايرجع بشيء.

وجه ظاهر الرواية: أن الخيار ما ثبت بحكم الشرط، لكن بحكم الشرط صار الوصف المذكور مستحقا بالعقد، بمنزلة صفة السلامة، فكان الخيار الثابت هنا في معنى خيار العيب، فيرجع بالنقصان إذا تعذر الرد[6]

بالتناول، أو حكما بأن امتنع الرد لحق البائع، كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أو لحق الشرع بأن جنى جناية. راجع «فتح القدير» ٦/ ٣٢٩.

(١) "هذا العقد" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) راجع الهداية ٣/ ٣٥، و«فتح القدير» مع العناية ٦/ ٣٠٧

(٣) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "بالشرط".

(٤) وقوله: "إن المستحق الى هذا الاسم" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) انظر «فتح القدير» ٦/ ٣٠٧.

(٦) انظر الهداية ٣/ ٤٢، وراجع فتح القدير مع العناية ٦/ ٣٠٧.

وكذا لو اشترى جارية على أنها بِكر، فوَجدها ثيِّبا باعتراف البائع، أو اشترى تمرا على أنه فارسيّ، فإذا هو دقل، لما قلنا.

فإن لم يردّ حتى تعيّب بعيب، تقوّم بكرا، وثيبا، ويقوّم التمر فارسيًا أدنى ما يكون، ويقوّم دقلا كما هي[١].

فإن كانت قيمة الفارسيّ أكثر يرجع بذلك القدر من الثمن.

وإن كانت قيمة هذا الدقل مثل الفارسي، لايرجع بشيء؛ لأنهما إذا استويا في القيمة، لم يكن الفائت شيئا متقوّما، فلا يكون له قسط من الثمن.

وكذا لو اشترى قَوْصَرّة[٢] تمر على أنه فارسيّ جيّد، فإذا هو رديء، ردّه إن شاء، فإن أصابه ماء، ففسد، قوّم على هيئته، ويقوّم جيّدا: أدنى ما ينطلق عليه اسم "الجيّد"، فيرجع بالفضل.

ولو اشترى شاةً على أنها نعجة، فوجدها كبشا، صحّ العقد؛ لأن الجنس واحد؛ لقلة التفاوت بينهما في المنفعة المطلوبة، لأن معظم المقصود من الشاة اللحم، ومنفعة الدرّ والنسل لاتقوم بالأنثى وحدها، بل تحصل بالأنثى والذكر، فلا يعتبر ذلك، ينظر إلى ما يقوم بالمشروط وحده.

---

(١) وفي (ج) و (د): "كما هو".

(٢) "القَوْصَرّة": بالتشديد والتخفيف، وعاء التمر يتخذ من قَصب، وذكر المطرّزي أن قولهم: "وإنما تسمّى بذلك ما دام فيها التمر وإلا فهي زبيل" مبني على عرفهم. «المغرب في ترتيب المعرب» ١٨١/٢، «المصباح المنير» مادة: قصر، ٥٠٥/٢.

وكذالك[١] في سائر البهائم، الذكر والأنثى جنس واحد؛ لقلة التفاوت بينهما في المنفعة المطلوبة، من الركوب والحمل، بخلاف الذكر والأنثى في بني آدم.

إذا اشترى[٢] على أنها وصيفة[٣]، فإذا هو وصيف؛ لايصح العقد استحسانا؛ لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود، فإن المقصود من العبد الاستخدام، ومن الأمة الاستفراش.

وإذا صح العقد في البهائم، كان له الخيار لفوات الوصف المرغوب، فإن تعيّب عنده بعيب، قوّم كبشا كما هو، ونعجة كما شرط، فإن استوت قيمتها، أو كانت قيمة الكبش أكثر، لايرجع بشيء، وإن كانت قيمة النعجة أكثر، ينظر إلى التفاوت، إن كان عشرا، يرجع بعشر الثمن، كما في العيب.

ولو اشترى أمة، فوجدها محترقة الوجه، لايستبين لها قبح ولاجمال، ردّها، فإن أصابها عيب عنده[٤]، قوّمت محترقة الوجه، كما هي، وقوّمت غير محترقة على القبح، فيرجع بحصّة الفضل.

فإن قال المشتري: أنا أقوّمها على الجمال، وقال البائع: على القبح، يعمل بقول البائع؛ لأن القبح ليس بعيب، والجمال وصف زائد، لايستحق بمطلق البيع، ألا ترى أنه

---

(١) وفي (ج) و (د): "وكذا".

(٢) وفي (ا) و (ب) "إذا اشترى شخصاً على".

(٣) الوَصيف: الغلام، والجمع وُصَفاء، والجارية وصيفة وجمعها وصَائف. المغرب: ٢/ ٣٥٧.

(٤) راجع الهداية ٣/ ٤١، وفتح القدير مع العناية ٥/ ١٥٩.

لو اشترى جارية فوجدها قبحة لاتردّ،[1] لأن المستحق من السلامة أدنى ما ينطلق عليه الاسم.

الفصل الثاني:

إذا اشترى[2] قوصَرتي تمر، على أنهما فارسيّتان[3] بثمن واحد، فوجد أحدَهما دقلا قبل القبض، كان له الخيار، إن شاء أخذهما، وإن شاء ردّهما، وإن كان قبضهما، ردّ الدقل خاصةً بحصته من الثمن، لأن الموجِب للردّ قام بأحدهما، إلا أن الصفقة لاتقيّم[4] إلا بقضبهما جميعًا.

فلو ردّ أحدهما قبل القبض كان فيه تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وذلك لايجوز، أما بعد القبض، والصفقة قد تمّت، إلا ما قام به العلة المثبتة للردّ[5]، كما في خيار العيب.

ألا ترى أنه إذا استحق أحدهما بعد القبض، رجع بحصّة المستحق من الثمن، والآخر لازم له، وقبل القبض إذااستحق أحدهما، كان له أن يردّ الآخر.

وفيه دليل على أن الخيار الثابت بفوات الشرط بمنزلة خيار العيب، لا بمنزلة خيار

(١) سقط قوله: "لايستحق بمطلق البيع، ألا ترى أنه لو اشترى جارية فوجدها قبحة لاتردّ" من (ج) و (د).

(٢) راجع الهداية ٣/ ٤٦، وفتح القدير مع العناية ٥/ ١٧٤ .

(٣) وفي النسخ الأخرى: "فارسيان".

(٤) في (ا) و (ب) "لا تتم"

(٥) عبارة في (ا) و (ب): "إلا أن الرد بقيام العلة المثبتة للردّ"

الشرط، فإن في خيار الشرط، لايردّ البعض بعد القبض، كما لايردّه قبل القبض، بل يردّهما، أو يمسكهما.

وهنا فرق بين ما قبل القبض، وما بعده، وفيه دليل على أن الكيلي أو الوزني في الأوعية المختلفة، بمنزلة الأشياء المتفاوتة في حق العيب.

وإذا اشتراها في وعاء واحد، أو لم يكن في وعاء، فهو كشيء واحد، إذا وجد ببعضه عيبا قبل القبض أو بعده، ردّ الكل أو أمسكه، فإن حدث بالدقل عيب عند المشتري[١]، قوّم فارسيا على[٢] أدنى ما يكون، ويقسّم الثمن عليه وعلى الفارسي الآخر، ثم ينظر إلى قيمته، وهو دقل، وإلى قيمته فارسياً أدنى ما يكون، فيرجع بالفضل إن كان بينهما فضل.

وكذا لو اشترى عبدين على أنهما خبّازان، أو كاتبان، فوجد أحدهما، لايُحسن ذلك، فهو على ما ذكرنا من الجواب، قبل القبض وبعده.

وكذا لو اشترى خمسين شاة، على أنها نِعاج، فوجد البعض فُحولا، فهي على ما ذكرنا من الجواب.

وكذا لو اشترى جاريتين، على أنهما بِكران، فإذا إحداهما ثيب، أو اشترى عبدين، على أنهما طَخاديان، فإذا أحدهما سندي، جاز العقد، وله الخيار، وعند تعذّر الردّ، يرجع بالنقصان على الوجه الذي قلنا.

---

(١) وفي (ج) و (د): "عنده".

(٢) "على" ساقط من (ج) و (د).

وكذا لو اشترى طَيْلَسَانَيْن[1]، على أنهما طرازيان، فإذا أحدهما خُواريّ[2]، فهو جائز؛ لأن الجنس واحد[3]، لأن الكل يستعمل استعمال الطيالسة، وعن أبي يوسف أنه جعلهما جنسين لتفاوت المنافع، وأبطل البيع[4].

والصحيح جواب الكتاب؛ لأن هذا اختلاف نوع أو صفة، فإن الطرّازي معلّم، والخُوارى غير معلّم، وهما من صناعة الرّي[5]، فإن الطِراز[6] محلة من محال الرّي، والخواري ما نسج بخُوار[7] الري.

---

(١) "الطَيْلَسَان": فارسي معرّب من تالَشان، وحكى الفيومي عن الفارابي قال: هو فَيعَلانٌ بفتح الفاء والعين، وجمعه: طيالِسة، وهو من لباس العجم مدوّر أسود. «المغرب» ٢/ ٢٣، «المصباح المنير» ٢/ ٣٧٥.

(٢) طَيلَسان خُواريّ: منسوب إلى «خُوار الريّ». انظر «المغرب» ١/ ٢٧٤.

(٣) قوله: "لأن الجنس واحد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "العقد" مكان "البيع".

(٥) "الرّي": بفتح أوله وتشديد ثانيه، مدينة مشهورة من أمهات البلاد وأعلام المدن، كثيرة الفواكه والخيرات، بينها وبين نيسابور مائة وستون فرسخا. «معجم البلدان» للحموي، ٣/ ١٣٢.

(٦) طراز: قال أبو سعد: هو بالفتح، ورواه غيره بالكسر، وآخره زاي: بلد قريب من اسبيجاب من ثغور الترك، وجاء في «آثار البلاد»: طراز: مدينة في أقصى بلاد الشاش مما يلي تركستان، مدينة طيبة التربة عذبة الماء لطيفة الهواء كثيرة الخيرات. انظر «معجم البلدان» للحموي ٤/ ٣٠، و«آثار البلاد» ص٥٤٤.

(٧) "خُوار": مدينة كبيرة من أعمال الريّ، بنها وبين الريّ نحو عشرين فرسخا، وإليها ينسب أبو يحيى زكرياء بن مسعود الأشقر الخواري، ويقال: "خُوار الريّ" لأن "خوار" اسم يطلق على

استشهد [محمد رحمه الله][1]، فقال: ألا ترى أنه لو وكّل رجلا بشراء طيلسان بمائة درهم، صح التوكيل، ولو كان الجنس مختلفا، لايصحّ، كما لو وكل رجلا بشراء ثوب بمائة درهم، ولم يبيّن الجنس، إلا أن هذا قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي يوسف رحمه الله[2] لايصح التوكيل.

ولو اشترى شخصا على أنه وصيف، فإذا هي وصيفة، أو على انعكس، فالبيع باطل، ليس للمشترى أن يأخذه، وإن رضي به؛ لما ذكرنا.

ولو اشترى وصيفين، فإذا أحدهما وصيفة، فسَد البيع؛ لأن أحدهما لم يدخل تحت العقد لاختلاف الجنس، فبقي العقد في الآخر بحصّته من الثمن ابتداءً، وذلك فاسد، وإن كان الثمن مفصلا، جاز في الذي وافق الشرط؛ لأن ثمنه معلوم.

قال بعضهم: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة: لايجوز؛ لأن فساد العقد في أحدهما بسبب العدم مثل الفساد بسبب الحرية، فيتعدّى إلى الباقي.

وأصل هذا ما ذكر في البيوع: إذا اشترى عدل زطيّ على أن فيه خمسين ثوبا، فوجده أحدا وخمسين، فسد العقد، أجمَل الثمنَ أو فصّل، وإن وجده تسعة وأربعين، فإن أجمل الثمن، بطل، وإن فصّل، جاز.

وقال بعضهم: عند أبي حنيفة يبطل، أجمل أو فصّل؛ لأن العقد بطل في البعض

مواضع أخر ذكرها ياقوت الحموي والقزويني. انظر «معجم البلدان» ٢/ ٤٥١، «آثار البلاد» ٣٦٣، «المغرب» ١/ ٢٧٤.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

بسبب العدم، فيتعدّى الفساد[1] إلى الآخر، كما لو فسد بسبب الحريّة[2].

وإذا صحّ البيع عندهما في الذي وافق الشرط، إن كان قبل القبض، له الخيار؛ لتفرق الصفقة قبل التمام، وإن كان بعد القبض، لاخيار له؛ لما عرف.

ـ والله أعلم ـ

(١) "الفساد" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب) "كما في الحرية"

باب من البراءة في العيوب والشروط في البيوع والخيار فيه

في الباب فصلان: فصل في العيوب، وفصل في الشروط.

وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: ما عرف أن فوات المشروط يوجب الخيار بمنزلة فَوات صفة السلامة.

والثاني: شرط البراءة[1] من كل عيب، لايكون إقرارا بالعيب؛ لِعلمنا أن جميع العيوب لاتجتمع في ذات واحدة، فيجعل مجازا عن إلزام العقد بالامتناع عن التزام صفة السلامة[2].

والبراءة عن عيب واحدٍ إقرار بذلك العيب؛ لأن البراءة تقتضي قيام الحق، ولاحقّ عند عدم العيب، كما أن نفي العيوب كلها لايكون إقرارا بالسلامة عن جميع العيوب.

---

(١) انظر «الهداية» ٣/ ٤٨، و«فتح القدير» ٥/ ١٨٢، و«المبسوط» ١٣/ ٩٢.

(٢) علّل له السرخسي بأن عند إطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة، وإذا كان معيبا فهو عاجز عن تسليمه سليما، وعند هذا الشرط يلتزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع، وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة، والقدرة على التسليم شرط جواز العقد، لا أن يكون موجباً فساد العقد ثم لا يتمكن جهالة في المبيع بهذا الشرط؛ لأن مشار إليه معلوم بالإشارة إلى عينه وإلى مكانه، وليس مقصوده من هذا الشرط الإقرار بالعيوب به؛ فلا يجتمع كل عيب في عيب واحد، وإنما يقصد بذكر هذا الشرط والتزام التسليم على وجه يقدر عليه، وهذا من الحكمة. انظر «المبسوط» ١٣/ ٩٢ - ٩٣، و«فتح القدير» ٦/ ٣٦٣.

ألاترى أنه لو قال لغيره: اشترِ هذا العبد، فإنه لاعيب فيه، لايكون إقرارًا بعدم العيوب، ولو قال: اشترِ هذا العبد، فإنه لاعور به، أو لاشَلَل به[1]، يكون إقرارا بعدم العور والشلل[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى عشرة أثواب على أن خمسة منها ملاء سباعية، وخمسة منها شقاق، فوجد ستة شقاقا، وأربعة ملاء، فإن كان لم يقبض شيئا منها، أو قبض البعض، كان له الخيار، إن شاء ردّ الكل، أو أمسك الكل، ولايطرح عنه شيء من الثمن، كما في العيب.

وإن كان قبض الكلّ، ردّ واحدا من الشقاق؛ لأن فوات شرط[3] المشروط بمنزلة

---

(١) في المسألة الأولى إذا قال: «لا عيب به»، لا يصير مقراً بإسقاط العيوب عنه، بل قصده من ذلك ترويج السلعة، بخلاف قوله: «لا عور به أو لا شلَل به»، ففي تخصيصه هذا العيب بالذكر ما يدل على أن مراده نفي هذا العيب عنه، ولئن تمكنت جهالة في وصف المعقود عليه بهذا الشرط فهي جهالة لا تفضي إلى المنازعة، فلا يؤثر في العقد كجهالة مقدار العيب المسمّى. ينظر: «المبسوط» ١٣/ ٩٣.

(٢) واستدل السرخسي - رحمه الله - بما روى أن زيد بن ثابت رضي الله عنه ابتاع مملوكاً من عبدالله بن عمر رضي الله عنه بشرط البراءة من كل عيب، ثم طعن فيه بعيب فاختصما إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه فحلّفه بالله لقد بعته وما به عيب يعلمه وكتمه؛ فنكل عن اليمين، فرده عليه. انظر «المبسوط» ١٣/ ٩٢.

(٣) "شرط" ساقط من (ج) و (د).

العيب، وفي العيب[1] قبل القبض يردّ الكل، أو يمسك الكل، وبعد القبض يردّ البعض[2] دون الكل، فكذلك هنا، يردّ شقة واحدة منها بعد القبض، وخيار التعيين إليه؛ لأن الردّ حق المشتري، ولايتوصّل إلى الردّ إلابالتعيين، فكان التعيين إليه.

وقال أبو يوسف: ولاية التعيين للبائع؛ لأن تسليم المبيع على الوصف المشروط على البائع، فكان التعيين إليه؛ ليخرج عمّا عليه، فإن عيّن المشتري شقة، صحّ التعيين، حتى لو هلكت تلك الشقة، أو أصابها عيب، رجع بحصة النقصان، ولايكون له أن يردّ غيرها، كما لو كان متعينا للردّ من الأصل، ولكن يرجع بحصة النقصان، فينظر إلى قيمة شقة ليس فيها العيب الحادث، وإلى قيمة ملاءة، ويقسّم الثمن على ذلك، فيرجع بفضل ما بينهما.

وهذا إذا لم يرضَ البائع بردّها عليه بعد حدوث العيب، فإن رضي، ردّها عليه[3]؛ لأن امتناع الردّ بسبب العيب الحادث كان لحق البائع، فإذا رضي زال المانع.

هذا إذا عيّن واحدة للردّ، فإن لم يعيّن حتى تعيّبت الشقاق إلاواحدة منها، كان له أن يردّ هذه الشقة[4].

(١) "إن كان" ساقط من النسخ الاخرى.

(٢) في (ا) و(ب) "المعيب".

(٣) انظر «الهداية» ٣/ ٤١، و«فتح القدير» ٦/ ٣٦٥.

(٤) من قوله: "بحصتها من الثمن" إلى قوله: "في رد هذه الشقة" ساقط من (ج) و(د).

فإن قال المشتري: لا أردّ هذه، ولكن أرجع بحصّة النقصان [من][1] الواحدة التي تعيّبت[2]، كان له ذلك؛ لأن خيار التعيين كان له، فيبقى، كما لو تعيّبت كلها، ولكن لايردّها بعيب حادث[3]، بل يرجع بالنقصان، إلاأن يرضى البائع أن يأخذها مع العيب الحادث.

وكذا لو هلك بعض الشقاق، فأراد المشتري أن يعيّن الهالك ليرجع بالنقصان، كان له ذلك.

فإن قال البائع: ردّ بعض الشقاق التي تعيّبت، ولاترجع بالنقصان، أو أراد المشتري أن يردّ بعض الشقاق التي لم تتعيّب، فقال البائع: أنا أردّ النقصان، ولاأقبل هذا، لايلتفت إلى [قول][4] البائع؛ لما ذكرنا أن الخيار للمشتري، والتعيين إليه.

فرق بين هذا، وبين ما لو اشترى قفيزا من صبرة، فتعيّب الكل إلاقفيزا، تعيّن هذا القفيز للبيع؛ لأن تسليم المبيع واجب على البائع، ولايمكنه تسليم المعيب، فتعيّن التسليم ضرورةً، [أما][5] هنا حق الردّ حق المشتري، والتعيين إليه، فلايتعين إلابتعيينه.

---

(١) "من" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "من الشقاق التي دخلها العيوب فصح" في الاصل (ص الاصل ١٧٩).

(٣) العيب في المبيع نوعان: الأول: عيب سابق، والثاني: عيب حادث، المراد بالعيب السابق أن يكن الشيء المبيع معيبا قبل البيع، وأما الحادث، فالمراد منه ما حدث من العيب بعد البيع قبل قبض المشتري.

(٤) ما بين المعكوفتين زادة من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

وكذا لو اشترى عشر جواري على أن خمسا منهن أبكار، وخمسا منهن ثيّب، فوجد الثيب ستا، فهو على الجواب الذي ذكرنا.

ولو اشترى عبدين على أنّ أحدهما خبّاز، أو كاتب، فوجدهما جميعًا لايحسنان الخبز والكتابة بعد القبض، ردّ أيهما شاء؛ لوجوده على خلاف ما شرط، وقبل القبض ردّهما، أو أمسكهما.

وكذا لو اشتراهما على أن أحدهما طخاري، والآخر سنديّ، فوجدهما سنديّين بعد ما قبضهما، ردّ أيهما شاء على نحو ما ذكرنا، وإن كان قبل القبض، ردّهما أو أمسكهما.

وكذا إذا قبض البعض دون البعض؛ لأن تمام الصفقة يتعلق بقبض جميع المعقود عليه.

وأما القسم الثاني:

رجل اشترى عبدا على أن به عيبا واحدا، جاز العقد والشرط؛ لأن جهالة العيب لاتمنع صحّة الإبراء، لأنه إسقاط، والجهالة لاتمنع صحّة الإسقاط، وإنما لايصحّ مع الجهالة ما تتوجه فيه المطالبة بالتسليم؛ لأن ذلك يفضي إلى المنازعة.

وإذا صحّ البيع والشرط، فإن وجد به عيبا واحدا، لزمه لمكان الشرط، وإن وجد به عيبا آخر، ردّه لعدم البراءة عنه.

وكذا إذا وجد به عيبين آخرين، فإن حدث به عيب آخر عنده، رجع بحصة العيبين من الثلاثة التي وجدها؛ لأن البراءة وقعت عن عيب واحد، لاعن الثلاثة، وخيار التعيين

إلى المشتري؛ لأن البراءة حصلت من المشتري[1]، فكان البيان إليه، فيقوّم، وبه عيب واحد من هذه العيوب، أي عيب عيّنه المشتري، ويقوّم وبه العيوب الثلاثة، فيرجع بفضل ما بين ذلك من الثمن.

وكذا لو اشترى عبدين على أن بأحدهما عيباً ولم يسمِّ، فوجد المشتري بأحدهما عيبا، لم يردّه لوقوع البراءة عنه، فإن وجد به عيبا آخر، ردّه.

وكذا لو وجد بالعبد الآخر عيبا، ردّ أيهما شاء؛ لأن عيب أحدهما موجِب للردّ، وخيار التعيين إليه.

وطريق معرفة الحصة: أن يقسم الثمن على المردود صحيحا لاعيب به، وعلى الآخر، وبه العيب وحده؛ لأن مقتضى البيع في أحدهما البراءة عن العيب، وفي الآخر أن يكون صحّيحًا، فيقسّم الثمن عليهما على ما هو حكم العقد، فإن حدث عنده عيب، رجع بحصّة أيّ العيبين شاء من عبد واحد، وبعيب أيّ العبدين شاء منهما.

وهذا إذا كان بعد القبض، فأما قبل القبض، لو وجد بأحدهما عيبا لايردّ؛ لأنه أبرأه عن عيب واحد.

وإن وجد بأحدهما عيبين، أو وجد بكل واحد منهما عيبا، إما أن يردّهما، أو يمسكهما، وليس له أن يردّ أحدهما دون الآخر؛ لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام.

فإن كان قبض، ثم وجد بالعبدين عيبا، لم يسقط خياره؛ لأن القبض بدون العلم، لايدلّ على الرضى بالعيب، حتى لو علم بالعيبين فيهما، أو في أحدهما، ثم قبضهما أو

---

(١) في (ج) و (د) "منه" مكان "من المشتري".

أحدَهما، سقط خياره.

وكذا هذا في كل من اشترى شيئا، ثم وجد ببعضه عيبا، ثم قبض شيئا من المبيع، سقط خياره؛ لأن القبض يتمّ به الملك، فكان بمنزلة القبض[1]، فكان القبض مع العلم، بمنزلة الشراء مع العلم، وكذا إذا قبض البعض؛ لأنه لايملك التفريق، فكان الرضى بأحدهما رضىً بهما جميعًا، وإذا وجد بهما عيبا بعد القبض، كان له أن يردّ أحدهما بحصته[2].

وإن قبض أحدهما، ولم يعلم بالعيب، ثم وجد بالذي لم يقبضه عيبا[3] فقبضه، ثم علم بالعيب في الذي قبض أوّلا، يخيّر:

فإن اختار ردّ الذي وجد به العيب قبل قبضه، فله ذلك؛ لأن القبض مع العلم[4]، إنما يكون رضًى، إذا علم بعيب يُثبت له الخيار، ولم يوجد؛ لأنه حين قبض المبيع مع علمه، لم يكن ذلك العيب مثبتا حق الردّ؛ لأنه أبرأه عن عيب واحد بأحدهما، فلم يكن ذلك رضىً، حتى لو وجد بهما عيباً ثم قبضهما، أو قبض أحدهما، كان ذلك رضىً منه بالعيب، هكذا ذكر هنا.

---

(١) في (ج) و (د) "بمنزلة العقد".

(٢) انظر «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٦٥.

(٣) "عيبا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (أ) و (ب) "العلم بالعيب".

وذكر القدوري[١] رحمه الله: إذا قبض الصحيح من العبدين، أو كانا مَعيبين، فقبض أحدهما، قال أبو يوسف: ليس رضىً بالآخر، ويبقى خياره فيهما.

وكذا لو اشترى عشرة أثواب، على أن خمسةً منها لاعيب بها، وعلى أن البائع برىء من ثلاثة عيوب بكل واحد من الخمسة، جاز، فإن وجد بالستة عيوبا، ردّ واحد منهما، أيّ واحد شاء، ويلزمه الباقي، إن كان ذلك بعد القبض، فيقسّم الثمن على قيمة الأربعة التي لاعيب بها، وعلى قيمة الخمسة بعيوبها، وعلى قيمة المردود [الذي][٢] لاعيب به، فيردّه بحصتّه من الثمن.

وإن وجد بواحد من الخمسة أربع[٣] عيوب ردّه، فإن حدَث به عيب عنده، رجع بحصة أيّ العيوب من العيوب الأربعة شاء، ويقسم الثمن على قيمة خمسة سليمة، وعلى قيمة خمسة بها عيوب ثلاثة؛ لأن البراءة عن العيب الواحد والثلاثة، وما أشبه ذلك، يدل على وجوده، فإذا ظهرت حصتّه ردّه، وعند تعذّر الردّ، يرجع بالنقصان على الوجه الذي ذكرنا.

ولو اشترى عشرة أثواب على أن البائع بريء من كل عيب بخمسة منها، فهو جائز؛ لما قلنا، ولايردّ خمسةً منها[٤] بشيء من العيوب، وإن كثرت بعموم البراءة.

---

(١) انظر «الهداية مع فتح القدير» ٦/ ٣٥٥.

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من المحقق، لتستقيم العبارة.

(٣) "أربعة" في (ج) و (د) مكان أربع.

(٤) يقصد به الخمسة الآخر.

وإن وجد بستة عيوبا، ردّ واحدا منها أيّ واحد شاء؛ لما قلنا، فإن اختار ردّ واحد منها بعد القبض، قسّم الثمن على قيمة الكل صحيحة، فيردّ هذا[1] الواحد بحصّته من الثمن.

وإن حدث به عيب عنده، يقوّم صحيحا، ويقوّم وبه العيب، فيرجع بحصّته، وإنما يقوّم الكل صحاحا ههنا، بخلاف ما تقدم، لما ذكرنا أن شرط البراءة من كل عيب، لا يكون إقرارا بالعيب[2].

ولو نصّ على هذا في العبد الواحد، بأن[3] قال: أبيع هذا العبد على أن لا عيب به، لكني أتبرأ مع ذلك عن عيب واحد، ثم وجد به عيبين، كان له أن يردّ.

فإن حدث به عيب عنده، قسّم الثمن على قيمته صحيحا، وعلى قيمته وبه العيبان، فيرجع بحصّة أيّ العيبين شاء، فهنا كذلك.

وكذا لو اشترى عبدين على أنه بريء من كل عيب بأحدهما، فقبضهما، ثم استحقّ أحدهما، وقد وجد بأحدهما عيبًا، لزمه الآخر بحصّته من الثمن، فيقسّم الثمن عليهما، وهما صحيحان، حتى يعرف حصّة المستحق من الثمن، فيرجع به.

ولو قال: على أن بواحد منهما ثلاث شجاج، فوجد بأحدهما ثلاث شجاج، ثم استحقّ أحدهما، فأراد أن يرجع بحصّة المستحق، يقسم الثمن على قيمة أحدهما

---

(٢) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر ص ١٠٠٤.

(٣) في (ج) و (د): "فإن".

صحيحًا، وعلى قيمة الآخر مشجوجا بثلاث شجاج.

ولو وجد بأحدهما أربع شجاج، واستحق الآخر، قسّم الثمن على قيمة الصحّيح منهما صحيحًا، وعلى قيمة الآخر، وهو مشجوج بثلاث شجاج، أيّ ذلك أحبّ المشتري؛ لأنه دخل في العقد بهذه الصفة؛ لما ذكرنا أن شرط البراءة عن العيوب المعدودة إقرار بوجودها، وشرط البراءة عن كل عيب لايكون إقرارا[1].

استشهد محمد[2] رحمه الله، فقال: ألاترى أنه لو اشترى عبدا، ثم أراد أن يردّه بعيب، فشهد شاهدان على أن المشتري أبرأ البائع عن كل عيب، ثم اشتراه أحد الشاهدين، فوجد به عيبا، فأراد أن يردّه، كان له ذلك[3]، ولاتكون شهادته على [الإبراء][4] من كل عيب، إقرارا بوجود العيب فيه.

وبمثله: لو شهدا على أنه أبرأ البائع من عيب كذا، ثم اشتراه أحد الشاهدين، فوجد به ذلك العيب، لايكون له أن يُخاصم[5] فيه.

وكذا قال في "الجامع": لو أن المشتري عرَض المشترى على البيع، وقال لغيره:

---

(١) "يكون اقرار" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "محمد" زيادة من (ا) و (ب).

(٣) قال السرخسي - رحمه الله عليه - مدللاً لهذا القول: لأن البراءة من كل عيب لا تتضمن الإقرار بوجود كل عيب فيها، فلا يكون الشاهد راضيا بعيب فيها بعد تلك الشهادة. انظر «المبسوط» ٩٤/١٣.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من النسخ الاخرى. وفي الأصل: "براء النافع: وما ثبت أولى.

(٥) في (ا) و (ب) "أن يخاصمه".

اشترهِ، فإنه لاعيب به، فلم يتفق بينهما بيع، ثم وجد به عيبا، كان له أن يردّه على بائعه، ولايكون للبائع أن يحتجّ عليه بقوله: "لاعيب به".

وبمثله لو قال: اشتره، فإنه ليس بآبق[1]، ثم وجده آبقا، فليس له أن يخاصِم بائعه.

استشهد بهذه المسائل لإيضاح ما سبق.

ـ والله أعلم ـ

(١) انظر «المبسوط» ١٣/ ٩٤-٩٥.

باب ما يجوز من الشيئين يباعان أو يستأجران فيرضى بأحدهما ولا يرضى بالآخر وما يكون من ذلك في النكاح والخلع والصلح والكتابة وغير ذلك

بنى الباب على معرفة حكم العقود، فنقول: العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة:

قسم: يُبطله[1] الشرط الفاسد، وجهالة البدل، وهي مبادلة المال بالمال، كالبيع، والإجارة والقسمة[2]، والصلح عن دعوى المال.

وقسم: لايُبطله الشرط الفاسد، ولاجهالة البدل، وهي معاوضة المال بما ليس بمال، كالنكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد.

وقسم: له شَبه بالبيع، والنكاح، وهو الكتابة، يبطلها جهالة البدل، ولايبطلها الشرط الفاسد، وإذا جمع [في العقد][3] بين شيئين، فقبل العقد في أحدهما.

ففي القسم الأول: لايجوز[4]، سواء سمّى لكل واحد منهما بدلا، أو لم يسمّ.

---

(١) في الأصل "يبطلها:" وهو خطاء.

(٢) "والقسمة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٤) أي لا يجوز الرضا بأحد المبيعين دون الآخر لتفريق الصفقة.

وفي القسم الثاني: يجوز[1] على كل حال.

وفي القسم الثالث: إن سمّى لكل واحد منهما بدلاجاز، وإلافلا، ودلائلها تعرف في خلال المسائل، [إن شاء الله تعالى][2].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال لغيره: بعت منك هذين العبدين بألف درهم، أو فصّلَ، فقال: على أن كل واحد منهما بخمسمائة درهم، فقال: قبلت العقد في هذا دون هذا، لايجوز، ولايملكه المشتري، وإن قبضه، إلا أن يرضى به البائع[3].

وكذلك الإجارة، لو قال: أجرتك هذين العبدين هذا الشهر بعشرين درهما، أو فصّل، فقال: كل واحد منهما بعشرة دراهم، فقال: قبلت إجارة هذا، دون هذا، لم يجز.

وكذا القسمة: لو قال لشريكه: قد[4] قاسمتك هؤلاء الرقيق الأربعة على أني آخذ

---

(١) أي لا يجوز الرضا بأحد المبيعين دون الآخر.

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٣) ذكر ابن عابدين علة ذلك، فقال: لئلا يلزم تفريق الصفقة، ثم زاد نقلا عن البحر فقال: لابد من معرفة ما يوجب اتحادها وتفريقها، وحاصل ما ذكروه أن الموجب إذا اتحدّ، وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما، بائعا كان الموجب أو مشتريا، وعلى عكسه لم يجز القبول في حصة أحدهما. انظر «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٥٥، و«فتح القدير» ٦/ ٣٥٤ - ٣٥٥، و«ردّ المحتار» ٤/ ١٩.

(٤) "قد" ساقط من (ج) و (د).

هذين، وأسلم لكَ هذين، أو فصّل، فقال: على أني آخذ نصيبك من هذا بنصيبي من هذا، ونصيبك من هذا الآخر بنصيبي من هذا الآخر، فقال صاحبه: سلّمتك لك هذا العبد، ولاأسلّم هذا الآخر، لم يجز شيء من ذلك.

أما إذا فصّل فلأن العادة جرت فيما[1] بين الناس بضمّ الردّىء إلى الجيد[2]، والتسوية بينهما في الثمن، فإنما رضي ببيع الجيّد بعشرة؛ ليحصل له بيع الردّىء بعشرة.

ويصير في التقدير كأنه قال: بعت منك الجيّد بعشرة، بشرط أن تقبل البيع في الردّىء بعشرة، لو لم يكن كذلك، لباع الجيّد وحدَه بخمسة عشر، فإذا لم يقبل الردّىء لم يتمّ الرضى، فيصير ذلك شرطا فاسدا[3].

وإذا قبل البيع في الردّىء، تمّ الرضى، وصار ذلك شرطا ملائما لامفسدا؛ لأن المفسد ممّا يفضي إلى المنازعة، وعند قبول العقد فيهما، لايفضي إلى المنازعة.

وأما إذا أجمَل الثمن[4]، فقبِل في أحدهما، لايجوز لوجهين: أحدهما: ما قلنا[5]، والثاني: أنه إذا قبل في أحدهما لم يدخل الآخر في البيع، فيكون هذا ابتداء العقد بالحصّة في الذي قبل، وذلك فاسد.

---

(١) "فيما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر شرح فتح القدير ٦/ ٣٥٥.

(٣) انظر شرح فتح القدير ٦/ ٣٥٥.

(٤) "الثمن" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) أنه لا يجوز لتفريق الصفقة.

ولو[1] قال لرجل: زوّجتك أمتي هاتين بمائة دينار، أو فصّل، فقال: كل واحدة بخمسين دينارا، فقال: قبلت نكاح هذه دون هذه، جاز النكاح في التي قبل.

وكذا لو قال الزوج للمولى: قد تزوجت أمتيك هاتين بمائة درهم، أو فصّل، فقال: كل واحدة منهما بخمسين درهما، فقال المولى: زوجتك هذه دون هذه، جاز النكاح في التي زوّجها.

وكذا العتق على مال، بأن قال لعبديه: أعتقتكما على ألف درهم، أو فصّل، فقال: كل واحد منكما بخمسمائة درهم، أو قال: بعتكما أنفسكما بألف درهم، أو فصّل، فقال: كل واحد منكما بخمسمائة درهم، فقبل أحدهما، ولم يقبل الآخر، جاز العتق في الذي قبل، ويقسّم الألف عند الإجمال عليهما على قيمتهما.

وكذا الخلع، والطلاق على مال، ويقسم البدل المذكور عند الإجمال على مهرها الذي تزوجها عليه.

وكذا لو خاطبه فضوليّ، فقال: بعني طلاق امرأتيك هاتين بألف [درهم][2]، أو فصّل، فقال: طلاق كل واحدة منهما بخمسمائة درهم، فقال: بعت[3] طلاق هذه دون هذه، جاز، ولزم مشتري الطلاق حصّته التي طلقها لوجهين: أحدهما: أن العادة ما جرت بضمّ الردّيء إلى الجيّد في هذه العقود، فلم يصر القبول قبول العقد[4] في هذه

(١) بدأ المصنف من هنا بيان القسم الثاني وهو الذي لا يبطله الشرط الفاسد انظر ص ١٠٢٦ .

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٣) في (ا) و (ب) "بعتك".

(٤) في النسخ الاخرى: "القبول" مكان "قبول العقد".

شرطا لقبول العقد في الأخرى.

والثاني: أنه وإن رضي بالشرط، وفات الرضى، إلا أن الرضى ليس بشرط؛ لصحة هذه العقود، ولهذا يصحّ من الهازل والمكره، وعند ترك التسمية، بخلاف القسم الأول.

ولو[1] قال لعبدين له: كاتَبتكما على ألف درهم، فقبِلَ أحدهما، لا يجوز[2]، وإن فصّل، فقبل أحدهما، جاز، لأن الكتابة تشبه البيع؛ لأنها تحتمل الفتح قبل الأداء، وتشبه النكاح من حيث أنها[3] لا تحتمل الفسخ بعد الأداء، فلشبهه بالبيع قلنا: بأنه لا يصحّ مع جهالة البدل، وإذا أجمَل البدل، فحصّة كل واحد منهما من الالف البدل[4] مجهولة، ولشبهه بالنكاح يصحّ إذا كان البدل مفصلا.

وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: [أنه][5] لافرق بين الكتابة والبيع في هذا الحكم؛ لأن المولى أوجَب الكتابةَ لشخصين، وفي البيع أوجَب البيع لرجلين في عبدين، وقال: بعت هذا من هذا الرجل، وهذا من هذا الرجل الآخر، فقبل أحدهما، إن كان الثمن مفصّلا جاز، وإن كان مجملا لا يجوز، نصّ عليه في «الجامع الكبير»[6].

(١) بدأ المصنف من هنا بيان القسم الثالث وهو الذي له شبه بالبيع والنكاح. انظر ص ١٠٢٦.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٥/ ٦٧.

(٣) في الأصل "أنه" وهو خطاء.

(٤) في "البدل" مكان "الالف".

(٥) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٦) أي: نصّ عليه عبد العزيز بن أحمد شمس الأئمة الحلواني في «شرح الجامع الكبير» فقد عدّه

وإنما لايجوز البيع عند قبول العقد في أحدهما، إذا أوجَب البيع فيهما لواحد، ومثله لايتصوّر في الكتابة.

وإنما فرّق بين ما إذا أوجب البيعَ لواحد، وبين ما إذا أوجب لاثنين؛ لأنه إذا أوجب العقد لواحد، كان الجمع وترويج الرديء بثمن الجيد مقصودا، فيصير قبول العقد في أحدهما شرطا لقبول العقد في الآخر[1].

فأما إذا أوجب البيعَ لشخصين لايمكن أن يجعل قبول زيد شرطا لقبول عمرو، ولكن عند إجمال البدل لايجوز؛ لأنه إذا قبل أحدهما، كان قبولا بالحصة، فلايجوز، بخلاف ما إذا كان البدل مفصّلا.

ولو جمع بين النكاح[2] وبين البيع بأن قالت المرأة لرجل: زوّجت منك نفسي، وبعت منك عبدي هذا بألف درهم، أو قالت: كل واحد منهما بخمسمائة، فإن قبل البيعَ وحده لايجوز، وإن قبل النكاحَ وحده جاز؛ لأنه إذا قبل البيع وحده، بقي النكاح بشرطا فاسدا في البيع، فيفسد البيع[3]، وإذا قبل النكاح وحده، بقي البيع شرطا فاسداً في النكاح، والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة.

وكذا لو جمع بين نكاح وإجارة، وكذا لو جمع بين البيع والطلاق والعتاق، أو جمع بين إجارة وطلاق وعتاق، فإن قبل البيع وحده، أو قبل الإجارةَ وحدها لايجوز، وإن قبل

العلامة أبو الوفاء الأفغاني من شرّاح الجامع الكبير. انظر مقدمة «الجامع الكبير» ص ٤.

(١) انظر شرح فتح القدير ٦/ ٣٥٥.

(٢) انظر «المبسوط» للسرخسي فقد فصّل القول في التفريق بين عقد النكاح والبيع، ١٢/ ١٠٩.

(٣) "فيفسد البيع" ساقط من (ا) و (ب).

الطلاق أو العتاق، ولم يقبل البيع أو الإجارة يجوز.

وإن جمع كتابة وعتق أو طلاق، فقبل الطلاق، أو العتاق جاز، وإن قبل الكتابة: إن كان البدل مفصّلا جاز، وإن كان مجملا لايجوز.

أما إذا قبل الطلاق، أو العتاق، فلما ذكرنا أنهما لايبطلان بالشروط الفاسدة، ولا بجهالة البدل.

أما إذا قبل الكتابةَ والبدلَ مفصّل، فلأنه إذا قبل الكتابة، بقي المضموم إلى الكتابة إليها[1] شرطا فاسدا، والكتابة لاتبطل بالشروط الفاسدة.

ولهذا لو كاتَبه على أن لايتّجِر، ولايخرج من الكوفة[2]، تصحّ الكتابة، ويبطل الشرط، وعند إجمال البدل، لاتصحّ الكتابة؛ لما ذكرنا أنها تشبه البيع، والنكاح، فجعلناها بمنزلة البيع في حق جهالة البدل؛ لأن جهالة البدل في فساد العقد فوق الشرط الفاسد، لأن البدل ركن في البيع، والشرط عارض، فلو تحمّلنا جهالة البدل في الكتابة، يلزمنا أن نتحمل الشرط الفاسد، فيتعطل العمل بالدليلين.

رجل له قصاصان على رجل، بأن قتل رجلين، وليّهما واحد، فصالَحه الولي عن الدمين على عشرة آلاف درهم، فقال القاتل: قبلت الصلح عن دم فلان، دون فلان، جاز، ولزم القاتل خمسة آلاف [درهم][3]، ويقتل بالآخر، لأن الصلح عن الدم، لايبطله

(١) في (ج) و (د) "إليها" مكان "الكتابة"

(٢) عبارة في (ا) و (ب): "او على أن لا يخرج من البلد".

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

الشرط الفاسد، ولاجهالة البدل.

وكذا لو بدأ القاتل أوّلاً، فقال: صالحتك عن الدمين على عشرة آلاف درهم، فقال الولي: رضيت بالصلح عن دم فلان، ولاأرضى بالصلح عن دم فلان، جاز، ويجب له خمسة آلاف درهم، ويقتل القاتل بدم الآخر.

فإن قيل: ينبغي أن لايصحّ في هذا الوجه، ولايلزمه شيء؛ لأن مقصود القاتل من الصلح صيانة المهجة، وسقوط القصاص، ولم يحصل؛ إذ لافرق في حقه بين أن يقتل بدم واحد، وبين أن يقتل بدمين.

قلنا: عنه جوابان: أحدهما: أن فيه تحصيل المقصود، فإنه إذا سقط أحد القصاصين ربما يدّعي الشبهة في الآخر.

والثاني: إن لم[1] يحصل المقصود، فهو الذي ترك النظر لنفسه؛ لأنه لو كان مقصوده سقوط القصاصين، كان ينبغي له أن يقول: صالحتك عن الدم الواجب لك، بسبب الدمين على عشرة آلاف، ولو قال: هكذا لايجوز قبول الوليّ في أحدهما؛ لأن القاتل التزم المال بشرط أن يسقط القصاص عنه، وأوجب الصلح في دم نفسه، وهو إنما قبل الصلح في دم أحد المقتولين، فلايكون قبولاً لما أوجب، وفيه تفويت غرضه، فإذا لم يقل هكذا، فالقاتل[2] هو الذي أضرّ بنفسه، فلاينظر له.

ولو كان لرجل دم عمد على رجلين، فقال: صالحتكما من الدمين على ألف، أو

---

(١) في (ا) و (ب): "أنه إن لم".

(٢) "القاتل" ساقط من (ا) و (ب).

فصّل، فقال: كل واحد منكما بخمسمائة، فقبل أحدهما دون الآخر، جاز، وكان له أن يقتل الآخر، لأن الصلح عن دم العمد لايحتمل الفسخ بعد الوقوع، بمنزلة النكاح والطلاق، فلايبطل بالشروط الفاسدة، ولا بجهالة البدل.

ولو قال لغيره: أجرتك عبدي هذا شهرا، وبعتك جاريتي هذه بألف، فقال: قبلت، جاز؛ لأن القبول المطلق يصلح قبولا لهما.

ويقسّم الألف على أجر مثل العبد شهرا، وعلى قيمة الجارية، فما أصاب الأجر، يكون أجر العبد، وما أصاب قيمة الجارية، يكون ثمنا للجارية.

وإن سمّى لكل واحد منهما بدلا، إن قال: قبلت، جاز، ويكون قبولا لهما، وإن قبل أحدهما دون الآخر، لم يجز؛ لما قلنا. وكذا إذا لو[1] جمع بين قسمة وإجارة.

ولو قال لعبده: أنت حر بألف أو على ألف، فقال: قبلت العتق في نصفي مطلقا، فهو باطل في قول أبي حنيفة لوجهين[2]:

أحدهما: أنّ النصف غير الكل، ولهذا لو شهد أحد الشاهدين أنه أعتقه، وشهد الآخر أنه أعتق نصفه لايقبل، هذه الشهاده[3] فلم يكن قبولا لما أوجب.

والثاني: أنّ الإعتاق يتجزّأ عنده[4]، فلو صحّ قبوله في النصف، يلزمه نصف

(١) في (ج) و(د). "إذا" مكان "لو".

(٢) انظر «المبسوط» ٧/ ١٤٣.

(٣) "هذه الشهادة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) يستدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله على قوله بتجزئة العتق بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقصا له في عبد فإن كان موسرا فعليه خلاصه، وإلا

البدل، ويخرج الثاني إلى الحرية بالسعاية، وربما يكون قيمة النصف أقل من خمسمائة، فيتضرّر به المولى.

وعندهما: الإعتاق لايتجزأ، فكان قبول العتق في النصف قبولا في الكل، فيعتق كله بألف.

ولو قال: قبِلت العتق في نصفي بخمسمائة، كان باطلا عند الكل، أما عند أبي حنيفة فظاهر، لأن قبول العتق في النصف لايكون قبولا في الكل[1] و اما عندهما فلان القبول في النصف قبول في الكل[2]. ولو قال: قبِلت في الكل بخمس مائة لايصحّ، فكذلك هنا.

ولو قال: قبلت في النصف بألف، جاز عندهما، وهو باطل في قول[3] أبي حنيفة، لأنه خلاف ما أوجب.

فقد عتق ما عتق ورق مارق» واستدل صاحباه الآتي قولهما بقول الرسول ﷺ: «من أعتق شقصا من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك».

وأجاب الإمام رحمه الله عن هذا الحديث أنه سيصير حرا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية، فيكون فيه بيانا أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه. انظر «المبسوط» ٧/ ١٠٣.

قلت: الظاهر أن الرواية التي ذكرها الإمام السرخسي رواية بالمعنى، وقد ذكرت الروايات بألفاظها في ص ٥٠٤ ما يغني عن الإعادة.

(١) قوله: "لأن قبول العتق في النصف لايكون قبولا في الكل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "قوله و اما عندهما فلان القبول في النصف قبول في الكل" ساقط من في (ج) و (د).

(٣) وفي النسخ الأخرى: "عند أبي حنيفة"

ولو قال العبد لمولاه: أعتقني بألف، فقال المولى: "أعتقت نصفكَ" أو قال[1]: "أعتقت نصفك بألف"، عتق كله بألف عند أبي يوسف ومحمد، لأن عندهما إعتاق النصف، وإعتاق الكل سواء.

[ثم ينظر][2] إن قال: أعتقت نصفك، أو قال: أعتقت نصفك بألف، عتق كله بألف. وإن قال: أعتقت نصفك بخمس مائة، عتق كله بخمس مائة، وحطّ عنه خمس مائة، كما لو قال المشتري: اشتريت هذا [العبد][3] بألف، فقال البائع: بعتك بخمس مائة، صحّ، ويكون حطّاً لما زاد على خمس مائة، كذلك هنا.

وأما عند أبي حنيفة: إن قال: أعتقني بألف، فأعتق نصفه بخمسمائة، صحّ، وعتق نصفه بما سَمّى، ويسعى في الباقي، لأن حرف الباء للبدل، فتنقسم أجزاء البدل على أجزاء المبدل، فكان بمقابلة كل نصف خمسمائة.

وكذا لو قال: أعتقت نصفك، يعتق نصفه بخمسمائة، ويسعى في الباقي، ولو قال: أعتقت نصفك بألف، لايعتق ما لم يقبل العبد، لأنه ابتداء وليس بجواب.

ولو قال العبد: أعتقني على ألف، فكذلك الجواب[4] عندهما، وعند أبي حنيفة: إن قال المولى: أعتقت نصفك، عتق نصفه بغير شيء، وإن سمّى البدل فقال: أعتقت

---

(١) "قال" ساقط من(ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت (ج) و (د).

(٤) "الجواب" ساقط من (ا) و (ب).

نصفك بخمسمائة، توقّف على القبول، لأن عند أبي حنيفة[1] كلمة "على" في مثل هذا للشرط[2]، فلاتوجب انقسام البدل، بخلاف "حرف الباء" على ما نبين بعد هذا.

ولو[3] قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا بألف، أو على ألف" فقالت: "قبلت واحدة"، لايقع شيء، وكذا لو قالت: "قبلت الواحدة بثلث الألف"؛ لأنها لو وقعت وقعت بثلث الألف، والزوج لم يرض بوقوع البينونة بثلث الألف.

ولو قالت: "قبلت الواحدة بألف"، لايقع أيضا، لأنه لم يرض بوقوع البينونة بثلث الألف، وقبولها[4] الألف بمقابلة الواحدة لاتلزمها الزيادة، لأن الزوج جعل الألف مقابلا بالثلاث، لابالواحدة، فلم يكن هذا قبولا لما أوجب، ويكون كلاما مبتدأ.

وحاصله: أنّ وقوع الواحدة بثُلث الألف إثبات البينونة بدون رضاه، لأنه لم يرض بها إلا بالألف، ولا وجه لوقوع الواحدة بالألف، لأنه لاإيجاب له من جهته. أما المرأة بقولها: "طلّقني ثلاثا بألف" عُرفت راضيةً بالبينونة بدون الألف، فاعتبر الباء في قولها "ثلاثا بألف" ولم يعتبر في قوله "ثلاثا بألف".

وذكر في كتاب الوكالة: إذا وكّل رجلا ليطلّق امرأته ثلاثا بألف، فطلّقها الوكيل واحدة بألف، كان واقعا.

والفرق بينهما: أنّ نفاذ تصرف الوكيل وعدم نفاذه، يعتمد المخالفة والموافقة، وهذا

---

(١) وفي (ج) و(د): "عنده".

(٢) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٣) انظر حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٢.

(٤) في (ا) و(ب) "ويقبولها".

خلاف إلى خير، فلايُعدّ خلافا. أما في المبادلات صحّة القبول تعتمد الاتحاد من كل وجه. ولهذا لو قال لها: أنت طالق بعشرة دراهم، فقالت: قبلت بعشرة دنانير، لايصحّ، لكن بهذا لايتّضح الفرق، فإن الجواب في التوكيل كذلك.

ولو قالت لزوجها[1]: طلّقني ثلاثا بألف، فطلّقها واحدة، فهي واحدة بثلث الألف، لأن المرأة رضيت بوجوب الألف بمقابلة البينونة، فكانت بثلث الألف أرضى.

وإن قالت: طلّقني ثلاثا على ألف درهم، فطلّقها واحدة، كذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد[2]، وعند أبي حنيفة تقع تطليقة بغير شيء[3].

لهما: أنّ كلمة "على" وحرف "الباء" في المبادلات سواء[4]، لافرق بين أن يقول: بعتك هذا العبد بألف أو على ألف، وبين قوله: احمل هذا المتاع بألف أو على ألف.

ولأبي حنيفة: أنّ كلمة "على" للشرط حقيقةً[5]، قال الله تعالى: ﴿حقيقٌ على أن

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٢.

(٢) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٣) المرجع السابق.

(٤) قد تستعار "على" بمعنى الباء الذي يصحب الأعواض، لما بين العوض والمعوّض من اللزوم والاتصال في الوجوب، حتى إذا قال: بعت منك هذا الشيء على ألف درهم، أو آجرتك شهرا على درهم، يكون بمعنى الباء، لأن البيع والإجارة لاتحتمل التعليق بالشرط، فيحمل على هذا المستعار لتصحيح الكلام. راجع «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٥) تعرّض الإمام السرخسي في أصوله ببيان معاني كلمة: "على" فقال: هو للإلزام باعتبار أصل الوضع، لأن معنى حقيقة الكلمة: من علوّ الشيء على الشيء وارتفاعه فوقه، وذلك قضية

لا أقولَ على الله إلاّ الحقَّ﴾[1] أي بشرط أن لاأقول، وقال الله تعالى: ﴿يبايِعنَكَ على أن لا يُشْرِكْنَ بالله شيئاً﴾[2] أي بشرط أن لايشركن.

ولأنه حرف التزام، ولامقابلة بين الواقع وبين ما التزم، بل بينهما معاقبَة، كما بين الشرط والجزاء، فكان معنى الشرط فيه حقيقة، والتمسّك بالحقيقة واجب ما أمكن، وهنا أمكن؛ لأن الطلاق يحتمل التعليق بالشرط[3]، بخلاف البيع والإجارة.

ولأن لها في الثلاث غرضا صحّيحا، وهو انسداد باب النكاح، حتى لاتصير في وثاقه، وإن أكرهها على ذلك، فيعتبر معنى الشرط لحصول مقصودها.

بخلاف قولها: طلّقني وفلانةً على ألف، فطلّقها وحدَها، حيث يلزمها حصتها من الألف، كما لو التمست بحرف الباء، لأنه لاغرض لها في طلاق فلانة، ليجعل ذلك كالشرط منها، ولها في اشتراط الثلاث غرض صحيح.

ولأنها لتعقيب ما دخلت عليه كلمة "على"، وفي التعقيب معنى الشرط، لأن[4] الجزاء يتعقّب الشرط، يقال: "زرتُكَ على أن تزورني"، أي بشرط أن تزورني وغيره،

الوجوب واللزوم.. ثم تستعمل للشرط باعتبار أن الجزاء يتعلق بالشرط، ويكون لازما عند وجوده، وبيان هذا في قوله تعالى: ﴿يبايِعنَكَ على أن لا يُشْرِكْنَ بالله شيئاً﴾، وقال تعالى: ﴿حقيقٌ على أن لا أقولَ على الله إلاّ الحقَّ﴾ «أصول السرخسي» ١/ ٢٢١- ٢٢٢.

(١) سورة الأعراف، الآية: ١٠٥.

(٢) سورة الممتحنة، الآية: ١٢.

(٣) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٤) في (ج) و (د): "فإن".

وأمكن العمل بحقيقته في الطلاق والعتاق، لأنهما يقبلان التعليق.

فالمرأة علّقت المال الذي هو تَبع الطلاق بالطلقات الثلاث، وأجزاء الجزاء لاتنقسم على أجزاء الشرط[1]، بل تتعلق الجملة با لجملة[2]، فلايجب المال قبل إيقاع الثلاث، لكن يقع تطليقة بغير شيء[3].

ولو قال: أنت طالق واحدة بألف، فقالت: قد قبِلت نصف هذه التطليقة، يقع تطليقة بجميع[4] بالألف عندهم، لأن الطلاق لايتجزأ عند الكل، فكان قبول النصف، وقبول الكل سواء.

ولو قالت: قبِلت نصف التطليقة بخمس مائة، كان باطلا، كما لو قالت: قبِلت التطليقة بخمس مائة.

وكذلك الصلح عن دم العمد، إذا قال مَن له القصاص لمن عليه: صالحتك من الدم على ألف، فقال: قبِلت الصلح في النصف، جاز الصلح في الكل بألف، ولو قال: قبِلت الصلح بخمس مائة، كان باطلا، لما قلنا في الطلاق والعتاق.

ولو بدأ القاتل، فقال: صالحتك من الدم على ألف درهم، فقال وليُّ الدم: قبِلت

---

(١) ذكره الإمام السرخسي في أسلوب قاعدة بلفظ: «الشرط يقابل المشروط جملة، ولايقابله أجزاءً». انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٢) "في (ج) و (د): " بل الجملة تتعلق با لجملة".

(٣) فلا يجب عليه شيء من الألف عند الإمام أبي حنيفة، ويكون الواقع رجعيا. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٢.

(٤) "بجميع" ساقط من (ج) و (د).

الصلح في النصف بألف، أو قال: قبلت في النصف، أو قال: قبلت في النصف بخمس مائة، جاز.

أما في الوجه الأول والثاني فظاهر، وأما في الوجه الثالث: يجوز الصلح بخمس مائة، لأن مَن عليه القصاص لما رضي بسقوط القصاص بألف، كان أرضى بخمس مائة.

وكذا لو قالت المرأة لزوجها: طلِّقني واحدة بألف[١]، فقال الزوج: أنت طالق نصف التطليقة بألف، أو قال: أنت طالق نصف تطليقة طلِّقت بألف، ولو قال: أنت طالق نصف تطليقة بنصف الألف، طلِّقت تطليقة بنصف الألف.

فرّق بينما إذا كان الإيجاب من المولى ومن الزوج، وبين ما إذا كان الإيجاب[٢] من المرأة وممّن عليه القصاص. والفرق أنّ قبول الطلاق في النصف، وقبول الصلح في النصف قبول في الكل، فإذا كان الإيجاب من الزوج، أو ممن[٣] له القصاص بألف، لو صحّ القبول في النصف بخمسمائة، يصحّ في الكل بخمسمائة[٤]، وهما ما رضيا بذلك، فلايصحّ من غير إلزام الألف.

أما إذا كان الإيجاب من المرأة، ومن عليه[٥] القصاص، فهما وإن جعلا الألف بمقابلة التطليقة، وإسقاط القصاص، فالزوج لما قبل في النصف بخمسمائة، صار قابلا في

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٣.

(٢) "الإيجاب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا ثبت في (ا) و (ب)، وفي الأصل و(ج) "وممن له القصاص" وما ثبت أصح.

(٤) قوله: "يصحّ في الكل بخمسمائة" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) في (ا) و (ب) وممن عليه.

الكل بخمسمائة، ولو صرّح بذلك يجوز، ويكون ذلك حطا لبعض البدل، ولو حطّ الكل يصحّ، فكذا إذا حطّ النصف. رجل قال لامرأة: تزوجتك على حصّة مهر مثلك من الألف، لو قسمت الألف على مهر مثلك، وعلى مهر مثل فلانة، فقالت: قد قبلت ذلك[1]. جاز النكاح) لوجود الإيجاب والقبول بشرائطه، إلا أن البدل مجهول، وجهالة البدل[2] لاتمنع صحّة النكاح، لأن عدم البدل لايمنع، فالجهالة أولى، ويكون لها مهر مثلها، لأن الحصة مجهولة، وجهالة البدل تمنع صحّة التسمية، فكان لها مهر مثلها، ولايزاد على ألف، لأنها رضيت بالألف وما دون الألف.

ولو قال: تزوجتك وفلانة على ألف درهم، فقبلت المخاطبة، وأبت الأخرى، جاز نكاحها، ويقسّم الألف على مهر مثلها، ومهر مثل فلانة[3]، فما أصاب مهر مثلها فهو صداقها، ولايصار إلى مهر المثل بخلاف ما تقدّم.

والفرق: أنّ هنا البدل الذي عقد عليه النكاحين معلوم، وإنما تتحقّق الجهالة عند الانقسام، أما فيما تقدم سمّى في العقد بدلا مجهولا، فلاتصحّ التسمية.

والدليل على الفرق بينهما: أنه لو اشترى عبدين بألف، فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق، جاز في الآخر بحصته من الألف. ولو اشترى عبدا بحصته من الألف، إذا

---

(١) "ذلك" ساقط من (ا) و(ب).

(٢) "البدل" ساقط من (ا) و(ب).

(٣) "ومهر مثل فلانة" ساقط من (ا) و(ب).

قسّم الألف على قيمته وعلى قيمة عبد آخر، لايجوز، لما قلنا من المعنى[1].

واستشهد[2] محمد رحمه الله في الكتاب بفصل[3]، فقال: لو قبلت إحداهما في الفصل الثاني، ثم قبلت الأخرى بعد ذلك، كان[4] الألف بينهما بالحصص.

ووجه الاستدلال أنه لما قبلت إحداهما أولاً، وجاز قبولها، لابدّ لها من المهر، فلو وجب لها مهر المثل، فإذا قبلت الأخرى بعد ذلك، لايتحوّل إلى حصتها من الألف بقبول الأخرى.

ولو قال لامرأتيه: أنتما طالقان بألف، فقبلت إحداهما دون الأخرى، يقع الطلاق[5]، ويلزمها حصتها من الألف لو قسِّم[6] الألف على مهريهما.

وكذا لو قال لعبدين له: أنتما حران بألف[7]، فقبل أحدهما، ولو قال لعبد الواحد[8] لواحد: أنت حر على حصتك من الألف إذا قسمت على قيمتك، وقيمة هذا العبد الآخر فقبل، عتق لوجود القبول، ثم على قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول أبي

---

(١) "من المعنى" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ج) "واستدل".

(٣) وفي في (ا) و (ب) "بفصل قبولهما".

(٤) وفي (ا) و (ب) "فإن" بدل "كان".

(٥) وزاد في (ا) و (ب) "عليهما" بعد الطلاق.

(٦) في (ج) و (د): "قسمت".

(٧) انظر «المبسوط» ٧/١٤٦.

(٨) في (ج) و (د): "لواحد".

يوسف: يلزمه قيمته بالغة ما بلغت.

وعلى قول محمد: عليه قيمته لايزاد على ألف، وجه قول محمد: أنّ التسمية فاسدة لمكان الجهالة، فلزمته القيمة، إلا أنّ المولى رضي بعتقه بألف، أو[1] بما دونه، فلايزاد على الألف.

وهما يقولان: لما فسدت التسمية لمكان الجهالة، كان عليه تسليم المبدل، وهو الرقبة، وقد عجز عن ذلك بحكم العتق، فيلزمه تسليم قيمته بالغة ما بلغت، كما في البيع الفاسد.

وهذه المسألة فرع لما[2] إذا باع نفس العبد منه بجاريته، ثم استحقت الجارية، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب على العبد قيمة نفسه، وعلى قول محمد: [يجب][3] عليه قيمة الجارية.

فمحمد رحمه الله جَعل هذا بمنزلة النكاح، لأنه قابَلَ المالَ بما ليس بمال، وفي النكاح إذا فسدت التسمية لمكان الجهالة، يلزم[4] مهر المثل[5]، لايزاد على الألف[6]، وهما ألحقا هذا بالبيع الفاسد، لأنه قابل رقبة العبد، وهو مال متقوّم بمال متقوم، بخلاف النكاح..

(١) في (ا) و(ب) "و" مكان "أو".

(٢) في (ا) و(ب) "ما" مكان "لما".

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و(د).

(٤) في (ا) و(ب) "يجب".

(٥) انظر حاشية ابن عابدين ٢/ ٣٣٤.

(٦) في (ا) و(ب) "المسمى" مكان "الألف".

باب ما يقدر على الردّ بالعيب وما لايقدر في بيع المكاتب والمأذون

مسائل الباب أقسام ثلاثة: قسم في المكاتب، وقسم في الوارث، وقسم في المأذون[١].

ومسائله تدور على أصول:

منها: أنّ كل[٢] ما يمنع البيع، يمنع الردّ بالعيب؛ لأنّ الردّ بالعيب ينقل المبيع عن ملك المشتري بعوض إلى ملك البائع، فأشبه البيع، فكل ما يمنع البيع كالكتابة ونحوها يمنع الردّ.

وهل يرجع بنقصان العيب؟ فإن كان المشتري متسبّبا بالمبيع بنفسه أو بنائبه لايرجع بنقصان العيب[١]، وإن لم يكن متسببا وإنما تعذّر الردّ لهلاك المحل، أو لأمر حكميّ يرجع بنقصان العيب[٢].

ومنها: أن الردّ بالعيب من حقوق العقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد.

---

(١) "وقسم في المأذون" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "كل" ساقط من (ا) و (ب).

(١) "بنقصان العيب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «المبسوط» ١٣/ ١١٥.

ومنها : أن المكاتَب إذا ملك أباه أو ابنه يتكاتب عليه[1]، لأن المكاتب حرّ من وجه ، وا-خر من كل وجه إذا ملك أباه أو ابنه، يعتق عليه تحقيقا للتسوية ، فكذلك الحر من وجه . وإن ملك ذا رحم محرم منه كالأخ وغيره، لايتكاتب عليه في قول أبي حنيفة ، خلافا لصاحبيه[2]، والمسألة معروفة .

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله : مكاتَب اشترى أباه أو ابنه، يصير مكاتَبا معه، لما قلنا ، فإن وجد به عيبا ، لايردّه بالعيب ، لما قلنا إن الكتابة مانعة من الردّ، ولايرجع بنقصان العيب، لأنه لما صار مكاتَبا ، ودخل في عقد الكتابة[3]، صار كأن المولى كاتَبه قصدا ، ولو فعل ذلك لايرجع بنقصان العيب[4]، لأن الرجوع بالنقصان بدل عن الردّ بالعيب ، حتى[5] لايرجع بالنقصان إلاّ عند العجز عن الردّ، فما لم يقع اليأس عن

(١) انظر «المبسوط» ٧/ ٢١٩ .

(٢) أشار إليه الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» فقال: للمكاتب أن يبيع كل من يشتري من ذوي أرحامه إلا الوالدين والولد، وأم الولد إذا كان معها ولدها فاجتمعا في ملكه ، فإنه لا يبيع هؤلاء، ويبيع جميع ذوي أرحامه غيرهم، ويبيع أم الولد إذا لم يكن معها ولدها .
وقال أبويوسف ومحمد: كل ما لم يكن للحر أن يبيعه إذا اشتراه فكذلك المكاتب لا يبيعه .
مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٤٢٢ .

(٣) في (ج) و (د): "كتابته" .

(٤) في (ج) و (د): "بالنقصان" .

(٥) "حتى" ساقط من (ا) و (ب).

الأصل، لايصار إلى البدل، ولم يقع اليأس عن الاصل[١]؛ لأن الكتابة قابلة للفسخ بمنزلة البيع، بخلاف التدبير، فلا يرجع بنقصان العيب[٢].

فإن عجز المكاتب، وردّ في الرقّ، فللمولى أن يردّ ابنه على بائعه بالعيب على بائعه من المكاتب[٣]؛ لأن الموجب للردّ قائم، وهو العيب، وإنما امتنع لمانع، وهو الكتابة، وقد بطلت الدعوى[٤]، والذى يلي الردّ هو المكاتب؛ لأنه هو العاقد، وحقوق العقد، ترجع إلى العاقد.

فإن قيل: إذا انتقل الملك إلى مولى المكاتب[٥] وجَب أن لايردّ بالعيب، كما لو انتقل الملك[٦] إلى غيره بالبيع.

قلنا: هذا انتقال حكميّ بطريق الخلافة، ومثله لايمنع الردّ بالعيب[٧]، كالانتقال إلى الوارث، فإذا لم يخاصم المكاتب[٨] في الردّ حتى باعه المولى، أو مات، فالمولى هو الذى يردّه؛ لأن المشتري حين يكاتب، صار مكاتبا على المولى؛ لأنه صار مكاتبا تبعًا،

---

(١) "من الاصل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "فلا يرجع بنقصان العيب" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "على بائعه من المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الدعوى" ساقط من (ج) و (د):

(٥) وفي (ا) و (ب) "إذا انتقل إلى المولى".

(٦) "الملك" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) "العيب" ساقط من (ا) و (ب).

(٨) "المكاتب" ساقط من (ا) و (ب).

[ولهذا][1] لايلزمه البدل، ولاتتحقّق التبعية إلا و[2] أن يكون مكاتبا على المولى، ولهذا لو أعتقه المولى عن كفارة يمينه يجوز.

وكذا المكاتب إذا اشترى ابنته، وحاضت حيضةً، ثم عجز المكاتب، وردّ في الرقّ، يجتزئ بتلك الحيضة عن الاستبراء[3]، ولو لم تكن مملوكة للمولى قبل عجز المكاتب، لما أجازت تلك الحيضة عن الاستبراء، فثبت أن الملك يثبت للمولى قبل العجز، وصار المكاتب في الشراء بمنزلة الوكيل، فما لم يقع اليأس عن ردّ الوكيل كان الردّ بالعيب إلى الوكيل.

ولو مات الوكيل كان حق الردّ للموكل، كذلك هنا مالم يقع اليأس عن ردّ المكاتب كان الردّ للمكاتب. إذا الرد الى المكاتب[4]، وإذا مات المكاتب، أو بيع، يكون الردّ إلى المولى[5]، وإن لم يعجز المكاتب حتى أبرأ البائع عن العيب، صحّ إبراءه، حتى لو عجز المكاتب بعد ذلك[6]، لم يكن للمولى أن يردّه بالعيب، ولايرجع بالنقصان؛ لأن صحّة الإبراء تعتمد قيام الحق، وحق الردّ قائم إلا أنه امتنع الاستيفاء لمانع، فصحّ رده[7] بمنزلة

(١) "ما بين المعكوفتين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ا) و (ب): "إلا أن يكون".

(٣) سقطت العبارة: "ولو لم تكن مملوكة" في (ا) و (ب).

(٤) قوله: "وإذا الرد الى المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سقطت العبارة في (ا) و (ب) من قوله: "ما لم يقع اليأس عن رد المكاتب"

(٦) "المكاتب بعد ذلك" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) في (ج) و (د): "ابراءه"

الإبراء عن الدَين المؤجّل.

ولا يقال: بأن الإبراء عن العيب تبرّع، فلا يملكه المكاتب، لأنا نقول: هذا تبرّع هو من صَنيع التجار، فيملكه المكاتب كما يملك التأجيل، وبيع الشيء بأقلّ من قيمته.

وكذا لو أبرأ المولى قبل عجز المكاتب، صحّ إبراءه؛ لما ذكرنا أن صحّة الإبراء تعتمد قيام الحق، والحق ثابت لكل واحد منهما[1]، للمكاتب بحكم العقد، وللمولى بحكم ملك الرقبة، لكن الاستيفاء ممتنع، وامتناع الاستيفاء لايمنع الإبراء.

كما لو اشترى عبدًا، فكاتبه أو باعه أو أبق، ثم وجد به عيبا، فأبرأ البائع عن العيب، ثم زالت هذه العوارض، فإنه لايملك الردّ، كذلك هنا.

ولو اشترى المكاتب أخاه أو أخته أو ذا رَحم محرم منه، فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنهم يتكاتبون عليه[2]، وعلى قول أبي حنيفة هؤلاء لايتكاتبون عليه، فيملك ردّهم بالعيب.

والقياس في الولد المشتري أن لايدخل في الكتابة، لأن هذا الحكم يثبت بطريق السراية، فيثبت حالة الاتصال، لا حالة الانفصال، وإنما استَحسنّا في حقه لحرمة قَرابة الولاد، ففي حقّ الإخوة وغيرهم بقي على أصل القياس.

(١) "منهما" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) ذكر في «الفتاوى الهندية» أن المكاتب لو اشترى أباه أو ابنه دخل في كتابته فيعتق بعتقه ويرق برقه، ولا يمكنه بيعه وعلى هذا كل من يملكه من قرابة الولاد كالأجداد والجدات، وولد الأولاد في رواية الأصل، ولا يردهم بعيب إن كان قد اشتراهم ولا يرجع بالنقصان. «الفتاوى الهندية» ٩/٥.

ولو أبرأ المولى البائع[1] عن عيبهم، لم يصحّ إبراءه؛ لأن المولى[2] أجنبيّ عن مكاسب المكاتب، وإنما صحّ إبراءه في الفصل الأول؛ لأنهم دخلوا في الكتابة، وصاروا مكاتبا[3] على المولى.

ولو اشترى المكاتب أمّ ولده، ثم وجد بها عيبا، فإن لم يكن معها ولد، ردّها بالعيب؛ لأنه يملك بيعها عند أبي حنيفة، فيملك ردّها، وعندهما لايملك الردّ، ولكن يرجع بنقصان العيب، وإن كان معها ولدٌ، لايملك الردّ بالاتفاق؛ لأنه لايملك بيعها عندهم[4]، ويرجع بنقصان العيب[5] في قولهم، بخلاف ما إذا اشترى ابنه حيث لايرجع[6] بنقصان العيب، والفرق أن الولد المشترى تكاتب عليه، ودخل في الكتابة، كأن المولى ١٢ كاتبه.

و لو اشترى عبدا فكاتبه، ثم وجد به عيبا لايردّ، ولايرجع بالنقصان. أما المكاتب إذا اشترى أم ولده لايتكاتب عليه، لكن حرم بيعها، كالحرّ إذا اشترى أمّ ولده، يحرم بيعها، ولاتصير بمثل حاله، إلا أن الحرمة الثابتة هنا على شرف الزوال، وفي الحرّ إذا اشترى أم ولد له، يحرم بيعها حرمة لاتحتمل الزوال، وثبوت الحرمة بمنزلة العيب، ولو

---

(١) "البائع" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ج) و (د): "لأنه".

(٣) في (ج) و (د): "مكاتبين".

(٤) "عندهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) في (ج) و (د): "بالنقصان".

(٦) "لا يرجع" ساقط من (ا) و (ب).

حدث به عيب، يرجع بنقصان العيب كذلك هنا.

والمكاتب هو الذى يرجع بالنقصان إلا أن يموت أو يباع، فإن أبرأ المكاتب البائعَ، صحّ إبراءه، وإن أبرأه المولى[1] لايصحّ؛ لأنها لم تتكاتب[2]، فلم يملكها المولى، ولهذا لو أعتقها المولى[3] لايصحّ [لما قلنا][4].

فإن عجز المكاتب صار ملكا للمولى[5]، ولم ينفذ الإبراء السابق؛ لأنه لاملك له وقت الإبراء، وإنما حدث الملك بعد ذلك بطريق الانتقال عند محمد رحمه الله.

وعند أبي يوسف: بعجز المكاتب يتقرّر ملك المولى في أكسابه، ولايتجدّد، وما كان قبل التقرير لايظهر في حق[6] صحّة الإبراء، وإذا لم يصحّ الإبراء، كان للمولى حقّ الردّ، والمكاتب يلي ذلك إلا أن [يموت][7] أو يباع.

فأما عند محمد: الملك في أكساب المكاتب عند العجز ينتقل إلى المولى، كما ينتقل إلى الوارث؛ لأن العجز بمنزلة الموت، لأنه يبطل أهلية الملك.

---

(١) في (ج) و (د): "وإن أبرأ المولى البائعَ".

(٢) في (ج) و (د): "لم تتكاتب عليه".

(٣) "المولى" ساقط من (ج).

(٤) "ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) انظر حاشية ابن عابدين ٥/ ٧.

(٦) "حق" ساقط من (ج) و (د).

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

هذا إذا كان معها ولد، فإن لم يكن معها ولد، فكذلك الجواب عندهما، وعلى قول أبي حنيفة له أن يردّها، فهما سوّيا بين الفصلين، وجعَلاه[1] أم ولد له في الحالين كما[2] في حق الحر.

وأبو حنيفة فرّق؛ لأن المكاتب يُشبه العبدَ من وجه، والحرّ من وجه، فإن كان معها ولد، تصير أمّ ولد لشبهه بالأحرار، وإن لم يكن معها ولد، لاتصير أمّ ولد لشبهه بالعبيد عملاً بالشبَهين.

مكاتب أو حرّ اشترى عبدا لا قَرابة بينهما، فكاتبه، ثم وجد به عيبا، لم يردّ، لما قلنا إن الكتابة تمنع البيع فتمنع الردّ، ولا يرجع بالنقصان أيضًا؛ لما قلنا إنه لم يقع اليأس عن الردّ[3]؛ لأنها تحتمل الانفساخ، وهذا يبطل محلّية البيع، فإن أبرأ المكاتب البائعَ صحّ الإبراء؛ لما قلنا، حتى لو عجز المكاتب[4] لم يستطع المولى ردّه، وإن أبرأ المولى البائع، فهو باطل؛ لأنه لاحق له في كسب المكاتب.

ألا ترى أنه لايملك إعتاقه، بخلاف من يتكاتب عليه لما قلنا، وكذا لو أبرأ وارث الحر بائعَ مورثه، لايصحّ إبراءه، وإن كان ذلك في مرض الموت؛ لأنه لاملك للوارث في مال مورثه في حياة المورث[5] وفي مرضه له شبهة الملك، حتى لو عفا عن جارح مورثه

---

(١) في (ج) و (د): "وجعلاها".

(٢) "كما في حق الحر" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر ص ١٠٦٦، من نفس الرسالة.

(٤) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "حياته" مكان "حياة المورث".

في العمد، صحّ استحسانا، وفي الخطأ لايصحّ؛ لأن المال لايُستحقّ بالشبهة، والإبراء لايثبت بالشبهات.

وكذلك لمولى المكاتب حقّ في أكساب المكاتب، وليس له ملك في قول محمد، وإذا انعدم الملك وقت الإبراء لايصحّ، ولا يتوقف على ملك يحدث.

وعلى قول أبي يوسف: لايتوقف على ما يحدث من صفة الكمال، كما لو أعتق عبدا من أكسابه، ثم عجز، فإن عجز المكاتب الأول، أو مات الحر، ثم إن مولى المكاتب، أو وارث الحر أبرأ البائعَ، صحّ حتى لو عجز المكاتب الثاني لم يردّ لقيام الملك وقت الإبراء، وإن كان الردّ ممتنعا وقت الإبراء، لما قلنا.

مكاتب اشترى عبدا، فباعه من مولاه، ونقد المولى ثمنه، أو لم ينقد، وقبض العبد، أو لم يقبض حتى عجز المكاتب، ثم وجد المولى به عيبا لم يردّ؛ لأنه لايستفيد بالردّ شيئا؛ لأنه إن كان نقده الثمن، لم يستفد به ثمنًا؛ لأن المولى لايستوجب على عبده دينا، وإن كان لم ينقده الثمن، فكما عجز برئ المولى عن الثمن؛ لأنه ملك أكسابه.

وإذا ملك المولى ما في ذمّته سقط، فثبت أنه لايستفيد بهذا الردّ شيئا، فلايملك الردّ، ولا الرجوع بالنقصان، ولايردّ على بائع المكاتب، ولايرجع بالنقصان أيضًا؛ لأنه استفاد ملكا جديدا بعقد حقيقيّ جرى بينه وبين مكاتبه، ولا يردّ المكاتب، ولا يرجع أيضًا؛ لأنه باع ما اشترى منه.

الفصل الثاني:

حر اشترى عبدا، فباعه من وارثه في صحّته بثمن، ثم مات، فورثه المشتري، ثم وجد به عيبا، كان له أن يردّ؛ لأن الوارث يستوجب الدين على مورثه.

ألا ترى أن من حفر بئرًا في قارعة الطريق، ومات، فوقعت فيها دابّة الوارث، وهلكت، كان للوارث أن يرجع في تركة مورثه بقيمة الدابة، فإن شاء أخذ التركة بالدين، وإن شاء أخذ[1] بالميراث، كذلك هنا[2]، إلا إنه عاجز عن الخصومة مع نفسه لما فيه من تنمادّ الأحكام، فينصب القاضي عن الميت خصما، فيردّ الوارث عليه.

وإذا ردّ على الوصيّ عاد العبد إلى ملك الميت، فبعد ذلك إن شاء ردّ الوصيّ على بائع المورث، وإن شاء ردّه الوارث، وإن كان لم ينقده الثمن.

فمحمد رحمه الله لم يفصّل في الجواب، ويحتمل أن لايكون له حق الردّ هنا؛ لأن المورث لما مات، ملك الوارث ما في ذمته، فسقط الثمن، فهو[3] لايستفيد بهذا الردّ شيئا، ويحتمل أن يكون الجواب على الإطلاق.

وله أن يردّ لمكان الفائدة، فإنه ما لم ينفسخ البيع الذى جرَى بين المورث والوارث، لايمكن الردّ على بائع المورث، فيردّ حتى ينفسخ هذا البيع، ويعود العبد إلى ملك الميت، ثم يردّ على بائع الميت لارتفاع البيع الثاني، إلا أن الوارث يسأل القاضي حتى ينصب خصمًا عن الميت، فيردّ عليه، كما في الفصل الأول.

رجل اشترى عبدا، فباعه من مورثه، ثم مات المورث، فورثه البائع، ثم وجد به

---

(١) "أخذ" ساقط من (ج) و (د).

(٢) فصّله في «الفتاوى الهندية» بأنه إن كان البئر في الطريق كان الضمان على حافر البئر فيما أصاب الساقط والمسقوط عليه، لأن الحافر إذا كان متعديا في الحفر كان بمنزلة الدافع لمن سقط في البئر، والساقط بمنزلة المدفوع، فيكون تلف الكل مضافا إلى الحافر. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦١.

(٣) "فهو" ساقط من (ج) و (د).

عيبا، ليس له أن يردّ على أحد.

أما على بائعه: فلأن الملك المستفاد من البائع، قد زال منه إلى المورث، ولا يردّه على نفسه، ولاينصب القاضي عن الميت خصما؛ لأنه لو نصب خصما عن الميت، فإن ذلك الخصم يردّ على الوارث ليوجب دَينا للميت على وارثه، والميت لايستوجب دينا على وارثه إذا لم يكن له وارث آخر سواه، بخلاف ما تقدم.

ألا ترى أن من حفَر بئرا، ثم وقعت فيها دابة من تركة أبيه، وهلكت، وليس للميت وارث آخر، لايجب عليه الضمان، وإذا امتنع الردّ على بائع الميت، وهو الوارث، لايردّ على البائع الأول، ولايرجع بالنقصان لقيام البيع الثاني.

الفصل الثالث:

عبد مأذون مديون عليه دَين مستغرق بالرقبة، اشترى عبدا وقبضه، ثم باعه من مولاه، إن باعه بمثل قيمته، جاز بيعه، وإن حابى فيه محاباة[1] فاحشة أو يسيرة، لايجوز.

وهذه فصول أربعة:

أحدها: أن المريض المديون بدين مستغرق، لاتتحمّل منه المحاباة أصلا.

وربّ المال إذا باع شيئا من مال المضاربة بعد ما صار رأس المال عرضا، لاتتحمل منه

---

(١) المحاباة: هي المسامحة والمساهلة في البيع والزيادة على القيمة في الشراء، قال النسفي: المحاباة في البيع حطّ بعض الثمن، وهي مفاعلة من الحِباء وهو العطاء. انظر «طلبة الطلبة» ص ٣٣٠، «مجموع قواعد الفقه» ص ٤٦٩، «المغرب» ١/ ١٧٩.

المحاباة.

وكذا المضارب إذا باع ممّن لاتقبل شهادته له ، لاتتحمل منه المحاباة.

وكذا العبد المأذون إذا باع من المولى.

والأصل فيه: أن كلّ من كان متّهما بالميل غير مسلّط على التصرف من جهته، لاتتحمّل منه المحاباة.

والعبد في حق المولى متّهم بالميل وإيثاره على الغرماء، والمضارب في حق من لاتقبل شهادته كذلك، وكذا المريض متّهم بإيثار المشتري على الغرماء، وربّ المال بعد ما صار مال المضاربة[1] عروضا متّهم بالميل، وقصد الإضرار بالمضارب، لأنه لايملك نهيه عن التصرف، فلهذا لاتتحمّل المحاباة في هذه المسائل.

فإن باعه من مولاه بمثل قيمته، وتقابضا، ثم وجد المولى به عيبا لايملك ردّه، لأنه لو ردّه يردّه بغير شيء، لأن المولى[2] لايستوجب على عبده دينا، مديونا كان أو لم يكن، ولايرجع بنقصان العيب أيضا لما قلنا. وليس للمولى ولاللعبد أن يردّه على البائع الأول، ولايرجع بالنقصان أيضا، أما المولى فلأنه لم يجرِ بينهما عقد، وأما المأذون[3] فلأن المشترَى زال عنه إلى المولى بعقد جديد، فلا يبقى له حق الخصومة في العيب.

هذا إذا كان الثمن منقودا، فإن كان المولى لم ينقد الثمن، وقبض العبد أو لم

---

(1) "المضاربة" ساقط من (ج) و (د).

(2) في (ج) و (د): "لأنه" مكان "لأن المولى".

(3) في (ج) و (د): "العبد" بدل "المأذون".

يقبض، فوجد به عيبا، كان له أن يردّ على العبد المأذون بالعيب، إذا كان الثمن من النقود، أو من المكيل، أو من الموزون بغير عينه؛ لأنه يدفع بهذا الردّ مطالبةَ العبد عن نفسه؛ لأنه يجوز أن يكون للمأذون المديون دين على المولى، وإذا ردّه على العبد بقضاءً، ردّه العبد على بائعه؛ لأنه عاد إليه الملك المستفاد من جهة البائع.

وإن كان الثمن عرضا، أو مكيلا، أو موزونا بعينه، فدفعه إلى العبد، وهو قائم في يد العبد[1].

كان[2] للمولى حق الردّ على العبد؛ لأن فيه استرداد العين إلى يده، وليس فيه إيجاب دَين على العبد، ويجوز أن يكون للمولى في يد عبده المأذون شيء يملك استرداده.

وإن كان العبد قد استهلك الثمن لم يكن له أن يردّ العبد؛ لأن حكم هذا وجوب قيمة العرض، ووجوب مثل المكيل والموزون في ذمة العبد، والمولى لايستوجب على عبده دَينا.

وإن كان الثمن مكيلا أو موزونا بغير عينه، وقد استوفاه العبد، والمقبوض قائم في يده، لم يكن للمولى أن يردّ العبد بالعيب؛ لأن حكم هذا الردّ وجوب مثل ذلك في ذمة العبد، لا ردّ عين المقبوض.

هذا إذا كان دين الغرماء قائما في ذمة العبد، فإن كان الغرماء أبرأ العبدَ عن

---

(١) في (ج) و (د): "يده"

(٢) "كان" ساقط من (ج) و (د).

ديونهم، ثم وجد المولى بالعبد الذي اشتراه عيبا بعد ما قبضه من العبد[1]، لم يردّه، ولا يرجع بشيء، سواء كان الثمن من النقود، أو من العروض، وهو قائم في يد العبد، أو مستهلك.

أما إذا كان الثمن من النقود، أو المكيل، أو من الموزون بغير عينه، أو من العروض، وهو مستهلك، لا يملك الردّ لما قلنا، وأما إذا كان قائما، فلأن فائدة الردّ بالعيب استرداد الثمن من العبد، وبعد ما برئ العبد من ديونه تمكّن المولى من استرداد الثمن من غير ردّ المشتري بالعيب، فلا يفيد الردّ.

هذا إذا كان المولى أخذ المشترَى من العبد، فإن كان لم يقبضه، كان له أن يردّ المشترَى بالعيب في جميع الوجوه؛ لأن الصفقة لا تتمّ إلا بالقبض؛ لأن ملك المشتري لا يتمّ قبل القبض، ولهذا لا يملك التفريق في الردّ والقبض، كما لا يملك في القبول، فكان الردّ قبل القبض امتناعا من إتمام الصفقة، ولهذا يصحّ ردّه من غير قضاء أو رضى، بمنزلة الردّ بخيار الرؤية والشرط لتوقف ملك الرقبة واليد.

أما بعد القبض: الصفقة قد تمّت لثبوت ملك الرقبة واليد، فكان الردّ نقضا للعقد التام، لأنه يتوقّف على القضاء أو الرضى، والقاضي لا يقضي بما لا يفيد، فإذا لم يكن الردّ مفيدا لا يردّ، ولأن العيب لا حصة له من الثمن قبل القبض؛ لأنه وصف، وتبع، فلا يكون الردّ لدفع الضرر، بل هو امتناع عن التملّك، أما بعد القبض يصير للعيب قسط من الثمن لأنه صار مقصودا بالحبس، فكان الردّ لدفع الضرر حتى يتوصّل إلى حصة العيب من

---

(١) "من العبد" ساقط من (ج) و (د).

الثمن، فإذا سقط الثمن لم يكن الردّ مفيدا، فلا يردّ.

واستوضح هذا بفصلين:

أحدهما: إذا اشترى شيئا، فوجد به عيبا قبل القبض[1]، فصالحه من العيب على جارية، كانت الجارية زيادة في أصل البيع، ولم تكن عوضا عن العيب، حتى كان الثمن منقسما على الجارية والعبد على قدر قيمتهما، حتى لو وجد بأحدهما عيبا، ردّه بحصته من الثمن.

ولو كان الصلح بعد القبض، كانت الجارية عوضا عن العيب، حتى لو وجد بها عيبا، ردّها بحصة العيب من الثمن.

والثاني: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترَى عيبا قبل القبض، وأبرأ البائع عن العيب، جاز إبراءه، ولزم الآمر.

ولو وجد به عيبا بعد القبض، ورضي به لزمه[2] ولا يلزمه الامر[3]، لأن قبل القبض لم يجب للعيب حصة من الثمن، وبعد القبض وجب حصة العيب على البائع، فإسقاطه في حق الموكل كان باطلا.

وإذا صحّ ردُّ المولى على العبد بخيار الشرط والرؤية والعيب قبل القبض، كان

---

(١) انظر «المبسوط» ١٣/ ٩٢، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٩٧.

(٢) قال ابن عابدين نقلا عن الفتاوى الهندية: الوكيل لو رضي بالعيب فإنه يلزم، ثم المؤكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل، وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال المؤكل. انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٤٠٣، و «الفتاوى الهندية» ٣/ ٠٠.

(٣) في (ج) و (د): "دون الآمر" مكان "ولا يلزمه الامر".

للعبد أن يردّه على بائعه لارتفاع البيع الثاني، وإذا لم يصحّ ردّ المولى، لايكون للعبد أن يردّه على بائعه لقيام البيع الثاني.

وكذا هذا في الحر إذا اشترى شيئا، فوهب له الثمن قبل القبض، ثم أراد أن يردّ بخيار الرؤية، أو الشرط، أو العيب قبل القبض، كان له ذلك، ولبائعه أن يردّ على البائع الأول، ولو أراد أن يردّه بالعيب بعد القبض، لم يكن له ذلك؛ لأنه لايستفيد بالردّ شيئا.

باب ما يشتري الوكيل والمضارب والشريك والمفاوض والعبد المأذون والوصيّ والأب على ولده الصغير والمكاتب من ذي الرحم المحرم فيجوز أو لايجوز

جمَع في الباب فصولا سبعة، وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن الأمر بالمقيّد يجري على تقييده، والمطلق على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد استدلالا بأوامر الشرع.

والثاني: أن الوكيل بالشراء إذا خالَف أمرَ الآمر، ينفذ عليه دون الآمر، أما عدم النفاذ على الآمر؛ لأنه فيما خالَف ليس بوكيل[1]، وإنما ينفذ عليه، ولايتوقّف على إجازة الآمر؛ لأن الأصل في تصرّف العاقل هو التنفيذ، وإنما يتوقّف ضرورةَ تعذّر التنفيذ، فإذا أمكن التنفيذ عليه لايتوقف.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل وكّل وكيلا بأن يشتري له جاريةً بألف درهم، فاشترى له أخته من أبيه، أو أمه، أو جارية حلَف الآمرُ بعتقها إن ملكها، جاز شراءه على الآمر، ويعتق من مال الموكل، ويؤخذ منه الثمن؛ لأنه أمره بشراء جارية مطلقة، فيجري على إطلاقه لعدم دلالة التقييد، فإن الاستخدام، والوطء، والتجارة كما

---

(١) تصرف المأمور المخالف لأمرِ الآمر لم يكن نافذا على الآمر، لأن النفاذ عليه إنما كان بحكم الأمر، وفيما خالف لم يوجد الأمر فلا ينفذ، ويكون الحال بعد الأمر كالحال قبله وقد سبق بيان هذه القاعدة في أول البيوع ص ٦١٠، وانظر التحرير شرح الجامع الكبير ٢/ ٥٠٤، والقواعد والضوابط ص ٤٣٩.

يصلح مقصودا، فصلة القريب، وتخليصه عن ذلّ الرق، يصلح مقصودا، فلا يتقيّد.

ولا يقال: بأن شراء القريب إعتاق، وهو ما أمره بالإعتاق؛ لأنا نقول: شراء القريب شراء حقيقة، إلا أنه شراء يتعقّبه العتق، ولأنا لو قلنا بأنه لاينفذ على الآمر، ينفذ على الوكيل، فيبقى شراء، فيجب تنفيذه على الآمر.

ولو قال: اشتر لي جارية تخدمني[1] أو أطأها أو أبيعها[2]، فاشترى ذا رحم محرم منه، أو جاريةً حلَف بعتقها إن ملكها، لاينفذ على الآمر؛ لأنه أمره بشراء جارية تبقى على ملكه حتى يتمكن من البيع، والوطء، والاستخدام، وقد اشترى جارية لاتبقى على ملكه، فكان مخالفا، وإذا لم ينفذ على الآمر ينفذ على الوكيل؛ لما قلنا، ويجب الثمن عليه، وإن نقَد الثمن من مال الآمر كان ضامنا.

وإن اشترى أخته من الرضاعة، قالوا: إن كان الآمر قال له: اشتر جارية تخدمني، أو أبيعها، نفذ على الآمر؛ لأنه يملك بيعها، واستخدامها، وإن كان الآمر قال له: اشتر لي جارية أطأها، لايلزم الآمر؛ لأنه لايملك وطئها.

الفصل الثاني:

رجل دفع ألف درهم مضاربةً، فاشترى المضارب بها جارية هي ذات رحم محرم من ربّ المال، أو اشترى جاريةً حلف ربّ المال بعتقها إن ملكها، لاينفذ على المضاربة، وينفذ على المضارب، لأن المضاربة وضعت للاسترباح، وذلك لايحصل إلا بالتقلّب

---

(١) "تخدمني" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "أطأها وأبيعها".

والتجارة، فيتقيّد بمحلّ البيع، كما لو قال: اشتر جارية أبيعها.

ولو صرّح بذلك يكون مخالفا، ويصير مشتريا لنفسه، وكان الثمن عليه. وإن نقَد الثمن من مال الشركة[1] كان ضامنا، لما قلنا في الفصل الأول.

ولو اشترى المضاربُ بمال المضاربة جاريةً هي ذات رحم محرم من المضارب، فإن لم يكن فيه ربح، نفَذ على المضاربة؛ لأنه اشترى ما يملك بيعها[2]، وإن كان في المال ربح، لم ينفذ على المضاربة، وينفذ على المضارب، لأنه إذا كان في المال ربح يملك منها حصته من الربح[3]، فيعتق بقدر ما ملك، فلايمكنه البيع.

ولو اشترى المضارب ذات رحم محرم من نفسه، نصفها على المضاربة بمال المضاربة، ونصفها لنفسه بمال نفسه، وفي قيمة النصف وفاء بمال المضاربة، لافضل فيه، فإنه ينفذ على المضاربة، لأن ما اشتراه للمضاربة يملك بيعه لولاشراءه النصفَ الآخرَ لنفسه، فإنما دخل العتق فيما اشترى لنفسه، ولاحجر عليه فيما اشترى لنفسه، فلايصير مخالفا، كما لو اشترى المضارب مع أجنبي جارية، هي ذات رحم محرم من الأجنبي، فإنه لايصير مخالفا لرب المال، كذلك ههنا.

وإذا جاز شراءه، عتق على المضارب نصيبه، لأنه ملك قريبه، ولايضمن لرب المال، [كما لو اشترى المضارب مع أجنبيّ جاريةً هي ذات رحم محرم من الأجنبيّ، فإنه

(١) في (ج) و (د): "المضاربة".

(٢) في (ج) و (د): "بيعه".

(٣) "من الربح" ساقط من (ج) و (د).

لا يصير مخالفا لرب المال،][1] لأنه لما نفذ شراءه على المضاربة، صار كأن المضارب ورب المال اشتركا في الشراء، وهي قريبة أحدهما، فلا يجب الضمان في قول أبي حنيفة، ويجب السعاية عليها في نصف قيمتها لرب المال، لوجوب المعاونة على العتق حكما.

وعند أبي يوسف ومحمد يضمن نصف قيمتها لربّ المال إن كان موسرا، وتسعى الجارية في ذلك إن كان معسرا، بخلاف ما إذا اشترى المضارب بألف المضاربة جاريةً هي ذات رحم محرم منه، وقيمتها ألفان، حيث يلزم المضارب، ويصير مخالفا، لأن ثمّة دخل العتق فيما اشترى للمضاربة، ووقع شراءه للمضاربة إعتاقا، فكان مخالفا. أما هنا ما اشترى للمضاربة لا عتق فيه، وإنما حصل العتق فيما اشترى لنفسه، وذلك منفصل عنه.

الفصل الثالث:

شريك العنان[2] إذا اشترى بمال الشركة جاريةً هي ذات رحم محرم من الشريك، لم ينفذ على شريكه؛ لأن شركة العنان وضعت للتجارة بمنزلة المضاربة.

وإن كانت ذات رحم محرم من المشتري جاز شراءه على الشركة؛ لأنه اشترى النصف لشريكه، والنصف لنفسه، وما اشتراه لشريكه يمكن بيعه، لولا شراءه النصفَ لنفسه، ولا حَجر عليه فيما اشتراه لنفسه، والاختلاف في الضمان على الوجه الذي ذكرنا في المضاربة.

الفصل الرابع:

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) شركة العنان: هي أن يشترك اثنان في مالهما على أن يتجرا فيه، والربح بينهما. انظر «طلبة الطلبة» ص ٢٠٥، و«أنيس الفقهاء» ص ١٩٤.

أحد المتفاوضِين إذا اشترى جارية هي ذات رحم محرم من الشريك، فإنها تلزم شريكه، بخلاف شريك العنان؛ لأن المفاوَضة[1] مبناها على العموم لاتختص بالتجارة، وطلب الربح.

ألا ترى أن كل واحد منهما يملك الكتابة، ويملك الكفالة، حتى يؤاخذ شريكه بذلك عند أبي حنيفة، ولو اشترى لنفسه ثوبا للكِسوة، أو طعاما للنفقة يؤاخذ صاحبه بذلك، فكانت كالوكالة المطلقة.

وحكى أبو سليمان عن محمد: أنه لايلزم شريكه، وذكَر أن هذه الرواية هي الرواية المرجوع إليها، وهي الصحيحة؛ لأن المفاوضة لاتعدُو التجارة، والتكسب، وإنما يملك الكتابة؛ لأنها تكسّب، وشراء ما يعتق عليه ليس بتجارة، ولا تكسّب، فلايلزم الشريك.

وجه ما ذكر في الكتاب، وهو الفرق بين المفاوضة و بين[2] العنان: أن في شركة[3] المفاوضة لو لم يلزم شراءه الشريك، ولزم المشتري، كان الشريك الآخر مطالبا بالثمن بحكم الكفالة؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه.

---

(١) شركة المفاوضة: المفاوضة هي المساواة، وتسمي مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال، والربح، وفي القدرة على التصرف، أي: يكون كل واحد منها كفيلا عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع، ويكون كل واحد منهما فيها يجب لصاحبه بمنزلة الوكيل له، وفيما يجب عليه بمنزلة الكفيل عنه. انظر «أنيس الفقهاء» ص: ١٩٤، و«التعريفات» ص: ١٥٣، و«طلبة الطلبة» ٢٠٥.

(٢) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "شركة" ساقط من (ج) و (د).

ولهذا لو اشترى أحدهما طعاما للنفقة، كان شريكه مطالبا بالثمن، وإن لم يملك شيئا من المشتري، فكذلك هنا، فكان إيجاب الثمن عليه مع إدخال القريب في ملكه أولى من إيجاب الثمن بغير عوض، أما في شركة العنان لو لم ينفذ شراءه على الشريك، لم يكن الشريك مطالبا بالثمن، فلهذا افترقا.

وإذا نفذ على الشريك عتق، ولا يضمن الشريك في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمن إن كان موسرا؛ لأن شراء أحدهما كشراءهما، وإن كانت ذات رحم محرم من المشتري، فالجواب فيه كالجواب في شريك العنان.

الفصل الخامس:

عبد مأذون اشترى ذاتَ رحم محرم من المولى، أو عبدا حلَف المولى بعتقه إن ملكه صحّ، لأن العبد يتصرف بولاية نفسه لنفسه كالحرة، وأثر الإذن في فكّ الحجر دون إثبات الولاية، ولا فساد فيما اشترى لنفسه، وإذا صحّ الشراء، فإن لم يكن عليه دين عتق على مولاه، لأن العبد ليس من أهل الملك، فملك المولى كسبه بطريق الخلافة، فيعتق عليه.

وكذا لو كان عليه دَين لايستغرق الكسبَ؛ لأن الدين القليل لايمنع ثبوت الملك للمولى، وإذا ملكه المولى عتق عليه، ويضمن قيمته للغرماء، موسرا كان أو معسرا؛ لأن مالية الكسب كانت مشغولة بحق الغرماء، وقد احتبست عند المولى.

وضمان التملّك لايختلف باليَسار والعَسار، فيضمن على كل حال، فإن كان المولى معسرا كان للغرماء أن يرجعوا على الجارية بقيمتها؛ لأن منفعة العتق تعود إليها.

فإذا تعذّر عليهم استيفاء الحق من المولى رجعوا على الجارية[١]، ثم ترجع الجارية بذلك على المولى إذا أيسَرَ؛ لأنها قضت دين المولى بأمر القاضي فترجع، كالراهن إذا أعتق العبد المرهون، وهو معسر، سعى العبد في قيمته، ثم يرجع بذلك على الراهن.

وإن كان دين العبد يستغرق الكسب، لم يعتق عند أبي حنيفة؛ لأن الدين المستغرق يمنع الملك للمولى في كسبه في قول أبي حنبفة رحمه الله ولا يمنع في قول صاحبيه[٢].

ولو أن المولى دفع إلى عبده المأذون مالاً ليتّجر به، فاشترى به ذا رحم محرم من المولى، لم ينفذ على المولى؛ لأنه يتصرف في هذا المال بحكم الإذن، فكان بمنزلة شريك[٣] العنان، وإذا لم ينفذ على المولى ينفذ عليه، ويكون مشتريا لنفسه، سواء كان أذن له في التجارة قبل ذلك. أو لم يأذن.

أما إذا أذن فلا شك. وأما إذا لم يأذن فلأن هذا الأمر تضمّن الإذن بالتجارة، ويعتق من مال المولى إن لم يكن دين العبد مستغرقًا لكسبه، ويضمن المولى قيمتها[٤] للغرماء لما قلنا.

الفصل السادس:

الأب إذا اشترى لابنه الصغير، أو الكبير المعتوه جاريةً هي ذات رحم محرم من

---

(١) في (ج) و (د): "عليها".

(٢) جاء في (ج) و (د): "عنده، ولا يمنع عندها" مكان" في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يمنع في قول صاحبيه".

(٣) في (ج) و (د): "كشريك".

(٤) في (ج) و (د): "قيمته".

الابن، لايجوز على الابن، ويكون مشتريا لنفسه؛ لأنه يصرف على الابن بحكم النظر، ولا نظر في شراء من يعتق عليه، وإذا لم ينفذ على الابن، ينفذ على الأب لما قلنا.

فإن نقد الثمن من مال الابن ضمن مثله، ثم ينظر إن كانت ذات رحم محرم من الأب بأن كانت ابنة للمعتوه، أو أختا للصغير من الأب عتقت عليه، وإلا فلا، والوصيّ بمنزلة الأب يصير مشتريًا لنفسه، ولا يعتق عليه، إذا كان أجنبيا.

ولو اشترى الأب للمعتوه جارية، قد ولدت منه بنكاح، في القياس ينفذ على الأب، لا ينفذ[1] على المعتوه، وهو قول محمد.

قال محمد رحمه الله: وإن استحسن مستحسن، وأجاز على المعتوه صحّ، ولم يذكر في الكتاب أن الاستحسان قول محمد، وقيل: الاستحسان قول أبي يوسف رحمه الله.

وجه القياس: أنه تصرف بشرط النظر، ولا نظر في هذا التصرف[2]، بل فيه إتواء[3] ماله؛ لأنه لايملك بيعها، ويعتق في الزمان الثاني، ولهذا لو كان له عشرة من أمهات أولاده، لاينفذ شراءه على جواب الاستحسان فيما زاد على الواحدة، ولو كان هذا التصرف داخلا في ولايته لايقتصر على الواحدة.

وجه الاستحسان: أن المعتوه يحتاج إلى جارية تخدمه، ولهذا ينفذ تزويجه عليه، وشراء هذه الجارية أنفع؛ لأنها أشفق، وأهدى إلى خدمته، وهذه الحاجة تندفع بالواحدة،

---

(١) "ينفذ" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "فيه" مكان "في هذا التصرف".

(٣) الاتواء: الاهلاك - يقال: توى المال: هلك وذهب. انظر «المغرب» ص ١١٠.

فلا ينفذ شراءه فيما زاد على الواحدة، والأصحّ هو الأول؛ لأنه يتمكّن من دفع هذه الحاجة من غير إتواء المال بشراء جارية يملك بيعها، وبالنكاح، فلا ضرورة إلى تنفيذ شراء هذه الجارية على المعتوه.

الفصل السابع:

رجل تزوّج أمة، فولدت أولادا، ثم ملكها، فكاتَبها، ثم إن المكاتبة[1] اشترت بعض أولادها هؤلاء، صحّ الشراء؛ لأنها تعقد لنفسها، لا للمولى، ويعتق هذا الولد؛ لأنه صار مكاتبا لما عرف أن المكاتب إذا اشترى ولده يتكاتب[2].

وإذا دخل الولد في كتابتها صار ملكا للمولى، ولهذا لو أعتقه المولى يعتق، ومن يعتق بإعتاقه يعتق بالقرابة، ولا يضمن للمكاتبة شيئا؛ لأنها تسعى لحرّية أولادها، فلا تستوجب الضمان، كما لو أعتقه المولى.

المكاتب إذا باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم عجز، بطل خياره، ويتمّ البيع؛ لأنه صار محجورا، وعجز عن التصرف بحكم الخيار، ويبطل الخيار، كما لو مات أو جنّ.

وكذا العبد المأذون إذا حجر عليه المولى في مدة الخيار، وفي رواية لا يبطل الخيار فيهما، وهو قول محمد رحمه الله. وفي رواية ينتقض البيع.

وجه رواية الانتقاض: أنه لا وجه لإبقاء الخيار مع انقطاع الولاية، ولا وجه لإبقاء

(١) في (ج) و (د): "انها".

(٢) انظر «المبسوط» ٧/ ٢١٩.

العقد من غير خيار؛ لأنه لم يباشر العقدَ على هذا الوجه، فتعيّن القول بالإبطال.

وجه قول محمد: أن الخيار حق من حقوق العقد، فلاينافيه حجر العاقد كسائر الحقوق، لكن إن أجاز البيع لايجوز؛ لأنه لايملك إنشاء البيع، فلا يملك إلزامه بإسقاط الخيار، وكذا لو مات العبد بعد ذلك لايجوز البيع؛ لأن موت من له الخيار إنما يوجب اللزومَ إذا كان بسبيل من الإجازة، ولكن لو مضى وقت الخيار، والعبد حيّ، جاز البيع.

وإن أجاز المولى، إن لم يكن على العبد دين جاز، وإن كان عليه دين مستغرق لايجوز، إلا أن يقضي دينه.

الأب إذا باع عبد ابنه الصغير على أنه بالخيار ثلاثة أيام، أو باع الوصيّ، فبلغ الصبيّ في مدة الخيار، قال أبو يوسف: يتمّ البيع، ويبطل الخيار.

وعن محمد فيه ثلاث روايات:

في رواية: إن نقض اليتيم انتقض، وإن أجاز جاز، سواء كان في مدة الخيار، أو بعدها، ويكون الثابت له خيار الإجازة لا خيار الشرط، حتى لا يتوقت بوقت[1].

وفي رواية أبي سليمان[2]: إن أجاز الأب[3] في المدة جاز، وإن مضت المدة، ولم يجز بطل الخيار.

وفي رواية ابن سماعة عنه: ينتقل العقد، والخيار إلى اليتيم كما كان.

---

(١) قوله: "له خيار الإجازة لا خيار الشرط، حتى لا يتوقت بوقت" ساقط من (ج)، وفيه: ويكون الثابت خيار الأب.

(٢) سقط قوله: "وفي رواية أبي سليمان" في (ج).

(٣) "الأب" ساقط من (ج) و (د).

وجه قول أبي يوسف: إن الخيار كان حقا للعاقد، وقد عجز عن التصرف بحكم الخيار فيبطل، كما لو مات، أو جن.

وجه الرواية الأولى عن محمد، وهو رواية هذا الكتاب: أن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه، فبقي العبد على ملك اليتيم، فإذا بلغ، والعبد على ملكه صار عقد الأب كعقد أجنبيّ آخر، فيتوقف على إجازته.

وجه رواية أبي سليمان: أن الخيار حق من حقوق العقد، فيبقى للأب بعد بلوغ اليتيم، كحق قبض الثمن، وغير ذلك.

وجه رواية ابن سماعة: أن الوليّ نائب عن اليتيم، فيكون تصرفه كتصرف اليتيم بنفسه، وينتقل إليه بصفته، فيبطل بردّه، ويجوز بإجازته.

ـ والله أعلم ـ

ذكر الزعفراني رحمه الله هنا باباً ذكره محمد في الجامع الكبير، ولقّبه: «باب اختلاف البائع والمشتري في الثمن»، ذكرَ هذا الباب في البيوع من الجامع[1] من غير زيادة ولا نقصان[2]، فلانعيده.

---

(١) في (ج) و (د): "ذكره في بيوع الجامع".

(٢) ورد هذا الباب في «الجامع الكبير» بعنوان: "باب البيوع التى يختلف فيها بالثمن من البائع والمشتري" ص٢٥٧.

والملحوظ أن "باب اختلاف البائع والمشتري فى الثمن" ذكره الإمام العتابى في شرحه للزيادات بنفس العنوان، وشرَح مسائله، ولم يُشر إلى هذا التكرار. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق٣٦.

باب من البيع الذي يُباع بغير إذن صاحبه ثم يجحده صاحبه أو أقرّ به البائع أو يوهب له

بَنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن التناقض يمنع صحّة الدعوى[1]، لأن كلّ واحد من الكلامين ينقض الآخر[2]، وسَعْيُ الإنسانِ في نَقْضِ ما تمّ به بمنزلة التناقض[3].

والثاني: أنّ المتعاقدين إذا اختلفا في الصحّة والفساد، كان القول قول من يدّعى

---

(١) يرجع لما يتفرّع على هذه القاعدة إلى «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٣٩.

(٢) يترتب على ذلك أن التناقض يمنع صحّة الشهادة، كما يمنع صحة الدعوى، صرّح به الإمام قاضي خان في فتاواه، في آخر فصل الشهادة الباطلة، وفرّع عليه بعض التفريعات، منها: امرأة وكّلت رجلا بقبض مهرها من زوجها، فادّعى الزوج أنها اختلعت منه على كذا قبل ذلك، فشهد الوكيل مع آخر على الخلع على كذا، لاتقبل شهادة الوكيل لأجل التناقض، لأن طلبه المهر من الزوج دلّ على قيام النكاح، والشهادة بالخلع تناقض وكالته بالطلب، فردّت هذه الشهادة. «فتاوى قاضي خان» ٢/ ٤٧٥، وانظر «الفرائد البهية» لمفتي محمود حمزة ص ٩٣.

(٣) قاعدة: «سَعيُ الإنسان في نقض ماتمّ به بمنزلة التناقض» مرتبطة بقاعدة شهيرة: «من سَعى في نقضِ ما تمّ من جهته فسَعيه مردود عليه» «مجلة الأحكام العدلية» المادة: ١٠٠. انظر شرح القاعدة وتطبيقها في «شرح القواعد الفقهية» للشيخ أحمد الزرقاء ص ٤٠٧ - ٤٠٩.

الصحّة[1]، لأن الظاهر من حال العاقل المتديّن مباشَرة العقد على وجه الصحّة دون الفساد.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل باع عبدا لرجل من رجل، ثم قال: لم يأمرني صاحبه ببيعه، وقال المشتري: لابَل أمَرك به، أو ادّعى المشتري عدم الأمر، وادّعى البائع الأمر، فالقول فيه[2] قول من يدّعي الأمر؛ لأن إقدامهما على العقد إقرار منهما بصحّته ونفاذه، والمباشرة على وجه الحل.

فإذا ادّعى أحدهما خلاف ذلك كان متناقضا، فإن أقام جاحد الأمر البينةَ على إقرار صاحبه، أنّ المالك لم يأمره بالبيع، وصاحبه يجحد، لم تقبل بينته.

وكذا لو أقام البينة على أن صاحب العبد جَحد الوكالة، وأقرّ أنه لم يأمره بالبيع، لم

---

(١) يلحظ هنا أنه ينبغي التفصيل في هذا الضابط كالتالي:

إذا اختلف المتبايعان أحدهما يدعى الصحة، والآخر يدعى الفساد بشرط فاسد أو أجل فاسد، كان القول قول مدعي الصحة، والبينة بينة مدعي الفساد باتفاق الروايات، وإن كان مدعي الفساد يدعى الفساد لمعنىً في صلب العقد بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم ورطل من خمر، والآخر يدعى البيع بألف درهم، فيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، في ظاهر الرواية: القول قول من يدعى الصحة أيضاً، والبينة بينة الآخر كما في الوجه الأول، وفي رواية: القول قول من يدعى الفساد. راجع «القول الحسن في جواب القول لمن» للعلامة الشيخ عطاء الله بن نوعي، ص ٨٤.

(٢) "فيه" ساقط من (ج) و (د).

تقبل بينته؛ لأن البينة [إنما][1] تترتّب على الدعوى الصحّيحة. وكذا لو أراد يمين صاحبه ليس له ذلك، لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى، والدعوى باطلة.

وإن تصادقا أن البيع كان بغير أمر المالك، يفسخ القاضي العقد بينهما، لأنهما إن كانا صادقين، كان لكلّ واحد منهما أن يفسخ العقد الموقوف، وإن كانا كاذبين، فنقضهما في حق المالك يكون بمنزلة البيع المبتدأ، ولاضرر للمالك في ذلك.

والمراد من فسخ القاضي أن يمضي إقرارهما، أما أن يتوقّف الفسخ على القضاء فلا، لما قلنا.

فإن حضر صاحب العبد، وصدّقهما في ذلك، نفذ الفسخ، وتقرّر، وإن كذّبهما، وقال: كنت أمرته بالبيع، كان القول قوله، لما قلنا أن إقدامهما على العقد إقرار منهما بذلك، فلا يعمل رجوعهما في حقه، ويجعل رجوعهما في حقه بمنزلة البيع المبتدأ، ويغرم البائع الثمن للآمر، ويكون المبيع للبائع دون الآمر.

ويبطل الثمن عن المشتري للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف يبقي الثمن في ذمة المشتري للآمر، ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن، بناءً على أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري في قول أبي حنيفة ومحمد، ويملك الإقالة بغير رضى الآمر، وعلى قول أبي يوسف لايملك الوكيل بالبيع تفريغَ ذمة المشتري بالإقالة، والإبراء.

عبد في يد رجل، جاء رجل فقال: إن صاحب العبد أمَرَكَ ببيع هذا العبد، فبعه

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

مني بكذا، فصدّقه فيما قال، فباعه [منه][1]، وتقابضا، ثم حضر البائع، وحضر[2] المشتري، وادّعى أن صاحب العبد حضر، وجحد الأمر، وأراد فسخ البيع، لايلتفت إليه، ولاتقبل بينته على ذلك، ولايستحلف خصمه[3] للتناقض.

ولأنه ساع في نقض ما تمّ به، فلا يكون خصما إذا لم يعلم النقض إلا بخصومته، وكذا لو سكت، ولم يصدّق ولم يكذّب حتى باعه، لأنه إنما باعه بناءً على إخباره، فكان بمنزلة التصديق.

فإن حضر صاحب العبد عند القاضي، وجحد التوكيل، وغاب، ثم طلب البائع من القاضي فسخ العقد، أجابه القاضي[4] إلى ذلك، لأن القاضي لما عايَن جحود صاحب العبد، كان العقد موقوفا على إجازته، وكلّ واحد من العاقدين يملك فسخ الموقوف، ويكون فسخ القاضي إعانة وفتوي، ولايكون فسخا حقيقة.

فإن قال المشتري: أنا أريد يمين المالك: بالله ما وكلّه، يقول له القاضي: "انقض البيعَ، وانطلق، واطلب يمينه، فإن حلف لاشيء لك، وإن نكل ردّه عليك"، ولايؤخر النقض بهذا الكلّام، لأن سبب النقض قد تحقق، وهو جحود الوكالة عند القاضي، ولأن القول قول الآمر في ذلك، وإنما اليمين لنفي التهمة، فلا يؤخّر لطلب يمينه.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "أحضر" وهو خطأ.

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل "لمكان التناقض"، وما أثبت أولى.

(٤) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

كالوكيل بقبض الدين إذا طلب المال، فقال الغريم: إن صاحب الدين قد استوفي الدين مني أو قد[1] أبرأني، فطلب يمين صاحب المال، وهو غائب، يقال له: ادفع المال إلى الوكيل ثم انطلق، واطلب يمين الغائب، ولا يؤخر دفع المال، كذلك هنا.

وهذا بخلاف الوكيل بالشراء، إذا لم يسلم المبيع إلى الموكلّ حتى وجد به عيبا، وأراد أن يردّه، فقال البائع: إنّ الموكلّ رضي بالعيب، وأنا أطلب يمينه، وهو غائب، فإنه يؤخر الفسخ، وكذلك لو اشتري شيئا، فوجد به عيبا، فوكلّ إنسانا بردّه على البائع، وغاب، فقال البائع: إنّ الموكلّ أبرأني عن العيب، وأنا أطلب يمينه، فإنه يؤخر الفسخ.

والفرق بينهما أن في مسألة العيب سبب الردّ قد تحقق، وهو العيب، إلا أنّ المبيع إذا كان مقبوضا لايتمكّن المشتري من الفسخ إلا بقضاء القاضي، لو فسخ القاضي العقد بينهما، وقضاء القاضي في الفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا، فلو ظهر الخطأ في القضاء، لايمكنه التدارك، فيتضرّر البائع. أما في مسألة الدين لو ظهر الخطأ، وثبت الإيفاء أو الإبراء، أمكنه التدارك بردّ المال، فلا يتضرّر المديون.

وكذا في مسألتنا: إذا جحد صاحب المال[2] الوكالة عند القاضي، كان كلّ واحد من العاقدين بسبيل من فسخ هذا العقد[3] من غير قضاء [ولا رضى][4]، وقضاء القاضي

---

(١) "قد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "العبد" مكان "المال".

(٣) "هذا العقد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

فيه إعانة وفتوي، فلو ظهرت الوكالة بعد ذلك نكل يمكنه التدارك، لأن الفسخ لم يكن بقضاء القاضي، فلا يؤخّر النقض بعد ثبوت سببه، لأنه يحتمل التدارك.

فلو لم يجيء صاحب العبد، ولم يحضر[1] ولم يجحد الوكالة حتى مات، وورثه البائع، فقال البائع: إنّ صاحب العبد لم يكن أمرني بذلك، وطلب نقض البيع، لايلتفت إلى ذلك، ولايستحلف خصمه، لأنه متناقض، ساعٍ في نقض ما تمّ به، فإنه يدّعي انتقاض العقد باعتراض الملك الباتّ على الملك الموقوف.

فإن أقام البائع البينة على إقرار المشتري أنّ المالك جحد الوكالة، تقبل، فرّق بين هذا وبين ما لو أقام البينة على هذا الوجه في حياة صاحب العقد، فإنه لاتقبل.

والفرق: أنّ في حياة المالك لو قبلت بينة البائع على هذا الوجه، إنما تقبل من حيث إنه أصل، ومن حيث أنه أصل فهو متناقض، ساع في نقض ما تمّ [به][2]، أما بعد الموت إنما تقبل بينة البائع من حيث أنه نائب عن الميت، والميت لو ادّعى بنفسه في حياته لايكون متناقضا، فكذلك نائبه، وليس بساع في نقض ما تمّ به، لأن من حجة البائع [أن يقول][3]: إني أوجبت البيع، وألزمت التسليم، إلا أن المشتري أبطل حقه بإقراره.

فإن قيل: إذا كان خصما في إقامة البينة، وجب أن يكون خصما في الاستخلاف.

قلنا: هو خصم في إقامة البينة بطريق النيابة عن الميت، والميت لو أراد استحلاف

---

(١) "ولم يحضر" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

المشتري لايكون له ذلك، ويكون اليمين على صاحب العبد دون المشتري، فلا يستحلف بدعوى النائب.

فإن قيل: إذا كان نائبا عن الميت(١) حتى سمعت دعواه، وقبلت بينته، وجب أن يصحّ نقضه بمنزلة نقض المورث.

قلنا: إنما يصحّ نقض الموكلّ من غير قضاء، لأنه لما أنكر الوكالةَ، بقي العين على ملكه من حيث الظاهر. أما في حق الوارث، لو صحّ نقضه يصحّ بطريق النيابة، وإنما تثبت النيابة إن لو بقي العين على ملك الميت، وذلك لايثبت بمجردّ الدعوى، بعد ما وجد الإقرار منه بزواله عن ملك الميت.

هذا إذا مات صاحب العبد، فإن لم يمت، فادّعى البائع أنّ المالك جحد الأمر، ثم وهبه مني، وسلّمه إلى، فانقضى البيع، لايلتفت إليه، ولو أقام البينة لاتقبل، لأنه متناقض ساع في نقض ما تمّ به، بخلاف ما تقدّم، وهو ما بعد الموت.

والفرق: أن ثمّة إنما قُبلت بينته من حيث أنه نائب قائم مقام الميت، ومن هذا الوجه ليس بمتناقض. أما هنا لاتسمع دعواه من حيث أنه نائب قائم مقامه، لأنه حيّ لو سمع، إنما يسمع من حيث أنه أصل، ومن هذا الوجه هو متناقض، والمشتري في دعوى النقض في هذه الفصول بمنزلة البائع، لأن المعنى يجمعهما.

وإن حضر صاحب العبد، وجحد الأمر، وأراد أخذ العبد من المشتري، والمشتري غائب، فليس له أن يأخذ، لأن فيه قضاء على المشتري بإبطال يده، وهو غائب، فلا

(١) في (ج) و (د): "عن المالك" مكان "الميت".

يجوز، وللمولي أن يضمن البائع قيمة العبد، لأنه باع عبده، وسلّم بغير أمره، فيضمن، بمنزلة ما لو غصب عبدا، وأبق من يده.

فإن ادّعى البائع أنّ المالك أمَره بالبيع، وأقام البينة على ذلك، قبلت بينته، لأنها قامت من خصمٍ حاضرٍ على خصم حاضر، وإن لم يكن له بينة، وطلب يمين المولي، يستحلف: بالله ما أمره بالبيع، لأنه ادّعى عليه ما لو أقرّ به يسقط الضمان عنه، فيستحلف لرجاء نكل.

فإن نكل، بطل الضمان، لأنه أقرّ بالمسقط، وإن حلف غرم البائع قيمته، فإن قضى القاضي عليه بالقيمة، أو اصطلحا على ذلك، سلّم المبيع للمشتري، والثمن للبائع؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فنفذ بيعه.

فإن قيل: الملك في المضمون يستند إلى وقت وجود سبب الضمان، وسبب وجوب الضمان هو[1] التسليم إلى المشتري، فكان البيع سابقا، [لأنه حكمه][2]، فوجب أن لاينفذ بملك متأخر.

قلنا: التسليم بجهة البيع حكم البيع، فما يضاف إليه يضاف إلى سببه، لأنه حكم حكمه.

ولو لم يحضر صاحب العبد، حتى مات، فوَرَثه البائع ورجل آخر نصفين، فقالا للمشتري: إنّ صاحب العبد لم يكن أمره بالبيع، وأراد أخذ العبد، لم يلتفت إلى قول

---

(١) "هو" ساقط من (ج) و (د).

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

البائع، لما قلنا، ويقبل قول الشريك في نصيبه، لأنه قائم مقام المولي، ولم يسبق منه ما يجعله متناقضا، ويستحلف: بالله ما يعلم أن صاحب العبد أمره بالبيع، لأن المورث لو حضَر، وجحد الوكالة، يستحلف إذا طلب المشتري، فكذلك وارثه، إلا أن الوارث يستحلف على العلم، لأنه يستحلف على فعل الغيْر.

فإن نكل انقطعت خصومته، ويثبت الأمر، وإن حلف لايثبت البيع في نصيبه، فيخيّر المشتري في النصف الآخر لمكان التشقيص. وإن لم يجد المشتري، كان لشريك الوارث تضمين البائع نصف قيمة العبد، لما قلنا.

ولو كان باع العبد، والمشتري لايعلم لمن هو، فلما تمّ البيع بينهما، قال البائع للمشتري: إنه عبد فلان بعته منك بغير أمره، وقال المشتري: لاأدري لمن كان، فإن القاضي لاينقض البيع بينهما حتى يحضر فلان لما قلنا.

فإن حضر المقرّ له، وأراد أن يأخذ العبد، لم يكن له ذلك حتى يقيم البينة، أو يستحلف المشتري، نكل، لأن المشتري يكذّبه، ويدّعي الملك لنفسه، فلايأخذه إلا بحجة.

فإن نكل المشتري عن اليمين، دفع العبد إلى المستحق، ويرجع المشتري بالثمن على البائع، لأن البائع لما صدّق المستحق، فقد أقرّ على نفسه بالثمن. وإن لم يحضر المقرّ له، ولكنه مات، فورثه البائع، فقال البائع: أنا أقيم البينة على أن العبد كان لفلان، ولم يكن أمَرني بالبيع، وصار لي بحكم الميراث، لاتقبل بينته لما قلنا.

فإن كان معه وارث آخر، وأقام البينة على ذلك، قضى له بنصف العبد لما قلنا، ثم يسأل القاضي المشتري: أكان فلان أمر البائع بالبيع؟ فإن قال المشتري: نعم! لم ينقض القاضي البيع في النصف الذي هو نصيب البائع، لأنه يدّعي صحّة العقد في هذا النصف،

وقول البائع في إنكار الأمر غير مسموع، فلا ينقض البيع إلا أن يشاء المشتري الردّ بحكم تفريق الصفقة.

فإن قال المشتري: لم يكن العبد لفلان الميت، ولم يكن فلان الميت أمره بالبيع، نقض القاضي البيع في النصف الآخر، طلب المشتري ذلك أو لم يطلب[1]، لأن الملك ثبت للميت في جميع العبد، لما عرف أنّ أحد الورثة خصم عن الميت فيما قضي للميت، وقضي عليه، وبعد ما ثبت الملك للميت لاينفذ البيع إلا بأمره. فإذا أقرّ المشتري أن البائع لم يكن مأمورا من جهته، فقد تلقى الملك ممن صار مقضيا عليه، فلم يكن لهذا البيع وجه الصحّة، فتعين النقض.

ثم استشهد محمد رحمه الله بمسائل البيان أنّ من سعى في نقض ما تمّ به، لايصح[2].

منها: أن من باع دارا هو شفيعها، لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، لأنه يصير ساعيا في نقض ملك أوجبها[3] للمشتري، وبمثله لو اشتري دارا هو شفيعها، لم تبطل شفعته، لأنه لا يسعى في نقض ملك أوجبه لنفسه، وكذا الشفيع إذا توكّل بيع الدار باعها[4]، لايكون له الشفعة.

---

(١) في (ج) و (د): "أو لا" مكان "أو لم يطلب".

(٢) بناء على قاعدة معروفة: «من سَعى في نقضِ ما تمّ من جهته فسَعيه مردود عليه» «مجلة الأحكام العدلية» المادة: ١٠٠.

(٣) في (ج) و (د): "أوجبه" مكان "أوجبها".

(٤) العبارة في (ج) و (د) كاتالي: "الشفيع إذا تولّى بيع الدار بالوكالة".

والوكيل بالشراء لو كان شفيعا، لاتبطل شفعته، وكذا الشفيع لو وكلّ البائع بطلب شفعته، وأخذها، لايصحّ، كيلا[1] يصير ساعيا في نقض ماتم به، وكذا لو أنّ صاحب العبد حضر، وجحد الأمر، ووكلّ البائع الخصومة والنقض، لايصحّ، ولايكون وكيلا، لأنه ساع في نقض ماتمّ به، وجحود المالك في غير مجلس القاضي، وجوده كعدمه.

ـ والله أعلم ـ

(١) في (ج) و (د) : "لأنه يصير".

باب من الوصايا التي تبطل ويفسخ فيها البيع والهبة ثم يردّ ذلك إذا خرج للميت مال وما لايردّ

بني الباب على أصول:

منها: أن الموصى له بالثلث شريك الوارث، فيجب التسوية بينه وبين الوارث، ولايسلّم له شيء من المال إلا ويسلم للوارث ضعفه، تحقيقا للتسوية.

والثاني: أن الدّين ليس بمال لايدخل في القسمة، ولايعدّ من التركة في الحال، وإنما يعتبر مالاً عند الخروج، فكان حاله موقوفا قبل الخروج، فتتوقّف الأحكام المبنية على قلة المال وكثرته، وإذا خرج الدين، يرتفع التوقف لزوال الموجب.

والثالث: أنّ القبض بحكم العقد، إذا انتقض قبل خروج الدين، ثم خرج الدين، فإن كان عقدا لايتعلّق تمامه بالقبض في المجلس، يعود البيع، وإن كان عقدا يتعلق تمامه بالقبض في المجلس، لايعود.

والرابع: أنّ المحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا بطل البيع بطل ما في ضمنه.

ومسائل الباب على قسمين: قسم في العقود، وقسم في الإقالة.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: مريض وهب لرجل عبدا قيمته ثلثمائة درهم، وسلّم العبد إلى الموهوب له، ثم مات، ولامال له غير العبد، وغير ألف درهم على رجل

إلى سنة، وأبى الورثة الإجازةَ فإن كثروا العبد للموهوب له[١] فإن القاضي ينقض الهبة في ثلثي العبد، ويردّه إلى الورثة؛ لأن تبرع المريض وصية، فتعتبر المساواة بين الورثة وبين[٢] الموصي له، ولامساواة هنا؛ لأن حق الموصى له في العين، وحق الورثة في الدين، ولامساواة بين الدين والعين في المالية، لأن العين مال من كلّ وجه، والدين ليس بمال من كلّ وجه، وإنما يصير مالا عند الخروج.

ولا ندري أيخرج أو لايخرج؟ ولهذا لايجوز أداء زكاة العين من الدين، فيجعل في حق الورثة كأن لامال له إلا العبد.

فإن خرج الدين بعد ذلك، ووصل إلى الورثة، أمرهم القاضي بردّ ثلثي العبد على الموهوب له، وإن خرج بعض الدين، ردّوا بقدر ذلك، لأن الواهب وهب له كلّ العبد. وإنما انقضا[٣] الهبة في الثلثين تحقيقا للمعادلة، فإذا اتسع المحل وجب تنفيذ الهبة في الكلّ، كما لو ظهر له مال آخر، والهبة بعد انتقاضها مما يحتمل العود.

ألا ترى إلى ما روى ابن سماعة عن محمد فقال: رجل وهب لرجل في صحّته عبدا قيمته ألف، وقبضه الموهوب له، ثم مرض الموهوب له، فرجع الواهب في هبته بغير قضاء، وأخذ العبد بتسليم الموهوب له، وليس للمريض مال آخر، ثم مات المريض، كان للورثة أن يُبطلوا النقض، ويعيدوا الهبة في ثلثيه.

(١) قوله: "فإن كثروا العبد للموهوب له" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "نقضت".

ولو كان على المريض دَين مستغرق، ينقض النقض في الكلّ، وفيه إعادة الهبة بعد انتقاضها.

وان كانت الورثة[1] باعوا ثلثي العبد قبل خروج الدين، ثم خرج الدين لاينقض بيعهم، لأن القاضي قضي لهمْ بملك الثلثين ملكا مطلقا للتصرف تحقيقا للمعادلة، ولم يظهر خطأ القاضي في ذلك، ومن باع ملك نفسه ينفذ بيعه، لكن يغرمون القيمة، لأنه لما خرج الدين، وجب عليهم الردّ، وقد تعذّر الردّ، فيغرمون القيمة، كالمشتري شراء فاسدا، إذا باع نفذ بيعه، ويغرم قيمته، كذلك هنا.

ولايقال بأن حق الموهوب له كان في عين العبد، فكيف ينفذ في محل آخر؟ لأنا نقول: هذه هبة، لها حكم الوصية؛ لأن تبرع المريض وصية، ومن أوصى لإنسان بعين، فبيع ذلك في دين الميت، ثم ظهر للميت مال آخر، تنفذ الوصية من ذلك المال، كذلك هنا.

مريض اشترى عبدا يساوي مائة درهم بثلثمائة درهم، وتقابضا، وليس له من المال العين غير ذلك، ثم مات، وله على رجل ألف درهم إلى سنة، وأبى الورثة أن يجيزوا للبائع كلّ الثمن، كان لهم ذلك، لأنه حابَى بأكثر من ثلث ماله، لأن ثلث ماله مائة درهم[2]، وقد حابى بمائتي درهم، والمحاباة تبرع، ولهذا لايجوز من الأب والوصيّ البيع بغبن فاحش، وتبرّع المريض لاينفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الوارث.

---

(١) في (ج) و (د): "وان كانوا مكان "ولمن كانت الورثة".

(٢) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

فإن لم يجيزوا، كان لهم ذلك، ويخيّر البائع: إن شاء نقض البيع، وردّ كلّ الثمن، وإن شاء ردّ مائة من الثمن، ولم يأخذ العبد، لأنه أزال العبد عن ملكه بثلاثمائة درهم.

فإذا لم يسلم له ذلك، يخيّر، فإن نقض البيع، بطلت وصيته، ولايعود بعد ذلك، وإن خرج الدين، لأن المحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا بطل البيع برضاه، يبطل ما في ضمنه، بخلاف الهبة، لأنها وصية مقصودة، فلا تبطل.

وإن لم ينقض البيع، ردّ مائة من الثمن، لأنه إذا ردّ مائة من الثمن[1]، حصل[2] للورثة مائة درهم، وعبد يساوي مائة درهم، ويسلم للبائع بالمحاباة مائة درهم، فيستقيم الثلث والثلثان. فإن خرج الدين بعد ذلك، ردّوا مائة درهم على البائع، لأنه حابى بمائتي درهم، إلا أنه تعذّر تنفيذ جميع المحاباة لضيق المحل، فإذا زال المانع، والموجب قائم، وهو البيع، وجب تنفيذها.

مريض أسلم إلى رجل ثلاثمائة درهم في كرّ شعير يساوي مائة درهم، ونقد رأس المال في المجلس، ثم مات، وله على رجل ألف درهم إلى سنة، لامال له غير ذلك، وأبى الورثة أن يجيزوا للمسلم إليه، كان لهم ذلك، لأنه حابى بأكثر من الثلث، ويخيّر المسلم إليه: إن شاء نقض السلم وردّ رأس المال، وإن شاء لم ينقض، فإن نقض السلم[3]، بطلت

---

(١) "من الثمن" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "يحصل".

(٣) "السلم" ساقط من (ج) و (د).

وصيته، لاتعود بعد ذلك وإن خرج الدين، لما قلنا في [البيع][1] في الفصل الأوّل.

وإن لم ينقض السلَم، أمره القاضي بردّ مائة من رأس المال على الورثة، ويسلم الشعير حالا، لأن المريض تبرَع بمائتي درهم، وبالأجل، فلا ينفذ تبرعه إلا بقدر الثلث، فيردّ مائة درهم من رأس المال، ويسلم الشعير حالا، حتى يحصل للورثة كرّ يساوي مائة درهم، ومائة من رأس المال، فيسلم لهم مائتا درهم.

ويسلم للموصى له بالمحاباة مائة درهم، فيستقيم الثلث والثلثان، فإن خرج الدّين بعد ذلك، لايردّ المائة إلى المسلم إليه، لأن القبض انتقض في المردود بحق سابق على القبض، فيجعل كأن لم يكن، وينتقض السلم في المردود بالافتراق من غير قبض، فلا يعود بخلاف البيع.

ولايقال فيما تقدم: إذا خرج الدين بعد ما نقضت الهبة في الثلثين، تعود الهبة، وإن كان القبض شرطا لصحّة الهبة، وقد انتقض القبض في المردود بحق سابق، لأنا نقول: إنما عادت الهبة، لأن هبة المريض يعطى لها حكم الوصية بعد الموت، والقبض ليس بشرط لصحّة الوصية.

فإن قيل: إذا انتقض السلم في مائة من رأس المال، وجب أن يسقط ثلث الكرّ؛ لأنه عقد معاوضة، فإذا انفسخ في أحد البدلين ينفسخ في الآخر.

قلنا: إنما نقضنا السلم في مائة من رأس المال تحقيقا للمعادلة، وتحقيق المعادلة في

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

نقض رأس المال، لافي المسلم إليه، حتى تسلم[1] للورثة كرّ يساوي مائة، ومائة من رأس المال، ويجوز أن تنفسخ المعاوضة في أحد البدلين دون الآخر، كما لو حطّ لفض الثمن، فإنه ينفسخ البيع في المحطوط، ولاينفسخ في المبيع.

ثم استشهد [محمد رحمه الله تعالي][2] بمسألتي الصرف، لبيان أنّ القبض إذا انتقض بحقٍ سابقٍ يجعل كأن لم يكن، فقال: لو أنّ مريضا باع مائة درهم بدينار يساوي عشرة دراهم، وتقابضا، ثم مات المريض، وله على رجل ألف درهم إلى سنة لامال له غيرها، وأبى الورثة أن يجيزوا، كان لهم ذلك، لأنه حابى بأكثر من الثلث، ويخيّر بائع لدينار بين نقض الصرف، وبين الإمضاء، لما قلنا.

فإن نقض الصرف، وردّ المائة، بطل حقه في المحاباة، حتى لو خرج الدين، لايعود لما ذكرنا أنّ حقه كان في ضمن البيع، وقد بطل.

وإن أختار إمضاء الصرف، أمسك من الدراهم مقدار قيمة الدينار، وهو عشرة دراهم، لأنه لامحاباة في هذا القدر، ويمسك ثلث الباقي أيضا، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث درهم، لأن تبرعه بقدر الثلث لايتوقف على إجازة الوارث، ويردّ الباقي، وهو ستة وخمسون وثلثا درهم، حتى يسلم للورثة دينار يساوي عشرة دراهم، وستة وخمسون وثلثا درهم، فيكون جملة ذلك ستة وستون وثلثا درهم[3]، ويسلم لبائع الدينار من

---

(١) في (ج) و (د): "حتى يحصل".

(٢) "ما بين المعكوفتين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في الأصل، وجاءت العبارة في (ج) و (د): "وستة وخمسون وثلثان، فيكون ستة وستين

المحاباة ثلاثة وثلاثون وثلث درهم، فيستقيم الثلث والثلثان.

فإن خرج الدين بعد ذلك، لاسبيل له على ما ردّ، لأن الصرف انتقض في المردود، فلا يعود بعد ذلك.

وأما المسألة الثانية من الاستشهاد: رجلان تصارفا دينارا بعشرة دراهم، وتقابضا، وافترقا، ثم وجد بعض الدراهم زُيوفا أو بنهرَجة، وردّها، ولم يستبدل مكانها حتى افترقا، بطل الصرف، ولايعود بعد ذلك أبدا، لأنه لما ردّها، انتقض القبض من الأصل، وصار كأن لم يكن، كذلك السلم.

أما فصل الإقالة:

رجل أسلم إلى رجل في صحّته عشرين درهما، في كرّ حنطة يساوي ستين درهما، ودفع رأس المال، ولم يقبض الكرّ، ثم مرض رب السلم، وأقال السلم في مرضه، ثم مات، وله على رجل ألف درهم إلى سنة، وأبت الورثة أن يجيزوا، كان لهم ذلك، لأن الإقالة عقد مبتدأ في حق غير العاقدين، فيجعل في حق الورثة كأنه باع كرّا يساوي ستين بعشرين درهما[1]، فلا تنفذ المحاباة فيما زاد على ثلث ماله، فيجيز القاضي الإقالة في نصف الكرّ دون النصف.

فرّق بين هذا وبين ما تقدم، فيما تقدم: يخيّر البائع بين النقض والإمضاء، ولم يخيّر بين نقض الإقالة وإمضاءها، لأن إقالة السلم مما لايحتمل الفسخ.

وثلثي درهم".

(١) "درهما" ساقط من (ج) و (د).

ألا ترى أنهما لو تفاسخا الإقالة، لاتفسخ، ولاتنفسخ الإقالة بهلاك رأس المال بعد الإقالة قبل القبض.

وكذا لو اختلفا في رأس المال بعد الإقالة، كان القول قول المسلم إليه مع يمينه، ولايتحالفان؛ لأن فائدة التحالف الفسخ، وإقالة السلم لاتحتمل الفسخ، لأن إقالة السلم[1] إسقاط للدين، والساقط لايحتمل العود[2]، فلهذا لم يخيّر بين فسخ الإقالة وإمضاءها، وأجاز الإقالة في النصف، لأنه لابد من المعادلة بين الورثة وبين[3] صاحب التبرع، ولايمكن المعادلة بينهما بوجوب شيء آخر على الورثة، لأن الإقالة إنما تكون بالثمن الأوّل لابمال آخر، فتعين هذا الوجه.

ولايقال: [في هذا نقض الإقالة في النصف][4]، وإقالة السلم مما لايحتمل النقض.

---

(١) وفي (ج) و (د): "لأنها إسقاط للدين"، فسقط قوله: "إقالة السلم" منهما.

(٢) وردت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية بصيغة: «الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود» مادة: ٥١. معناه أن ما يقبل السقوط من الحقوق، إذا سقط منه الشيء بمسقط فإنه لا يعود بعد سقوطه، وكما أن المعدوم لا يعود، والساقط أصبح معدوماً بعد سقوطه فلا يعود. يرجع للتفصيل إلى: «درر الحكام» شرح مجلة الأحكام ١/ ٥٥، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣٧٨، «شرح القواعد الفقهية» للشيخ أحمد الزرقاء ص ٢٠٧.

(٣) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين أثبتته من (ج) و (د)، وفي الأصل: "في نقض هذه الإقالة في النصف"، وما ثبت هو الصواب.

لأنا نقول: تصرفات المريض على نوعين، منها ما يحتمل النقض بعد النفاذ، ومنها ما لايحتمل، فما يحتمل النقض بعد النفاذ، ينفذ للحال دفعا لحاجته، ثم ينقض إذا مسّت الحاجة إلى النقض لدفع الضرر عن الورثة، وما لايحتمل النقض بعد النفاذ يتوقّف، لأنه لاوجه لإلغاء تصرفه، ولاوجه إلى التنفيذ، لأنه لو نفذ لايمكن نقضه بعد ذلك، فيتضرّر به الورثة، فيتوقف.

وإقالة السلم مما لايحتمل النقض بعد النفاذ، فينفذ فيما هو فارغ عن حق الورثة، ويتوقّف في الباقي، والفارغ عن حق الورثة هنا هو[1] النصف، [فينفذ فيه لاغير][2].

ولمعرفة ذلك طريقان: أحدهما من طريق الفقه، والآخر[3] من طريق الحساب.

أما طريق الفقه أن نقول: بأن ثلث ماله مثل نصف المحاباة، ولو كان ثلث ماله مثل جميع المحاباة أربعون، تجوز الإقالة في الكلّ، فإذا كان مثل نصف المحاباة، نفذ في النصف.

وبيانه: أنا إذا نفذنا الإقالة في النصف بنصف رأس المال، يبقى للورثة نصف كرّ يساوي ثلاثين، ونصف رأس المال، وهو عشرة دراهم، فيسلم لهم أربعون درهما، ويسلم للمسلم إليه نصف كرّ يساوي ثلاثين بنصف رأس المال، وهو عشرة دراهم، فيسلم له بطريق المحاباة عشرون درهما، نصف ما يسلم للورثة، فيستقيم الثلث والثلثان.

---

(١) "هو" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "الباقي"، وما ثبت أولى.

وتخريجه بطريق الجبر[1] والمقابلة أن نقول: جوّزنا الإقالة في شيء من الكرّ، بقي كرّ الأشياء، وكلّ ما جازت الإقالة فيه جازت بثلثيه، لأن قيمة الكرّ ستون، وثمنه عشرون مثل ثلثه، فكان ثمن كلّ جزء من الكرّ مثل ثلث ذلك الجزء، فضمّ ثمن ما جازت الإقالة فيه، وهو ثلث الشيء إلى الكرّ، فيصير كرّاً إلا ثلثا شيء، وإنه يعدل شيئا وثلث شيء، لأنه لما سلم للموصى له ثلثا شيء، وجب أن يكون للورثة ضعف ذلك، وهو شيء وثلث شيء، إلا أنّ الكرّ ناقص بثلثي شيء، فأجبَره بثلثي شيء.

وإذا زدت في الكرّ ثلثي شيء، زد فيما يعدله ثلثي شيء، فصار الكرّ التام يعدل شيئين، وقد نفذنا الإقالة في شيء، وشيء من شيئين نصفه، فعلمتَ أنّ الإقالة نفذت في نصف الكرّ، وقيمته ثلاثون بمثل ثلث هذا القدر، وذلك عشرة[2]، ويبقي للورثة نصفَ الكرّ، وهو ثلاثون، وعشرة نصف رأس المال، فحصل لهم أربعون، وللموصى له بالمحاباة عشرون، فيستقيم الثلث والثلثان.

فإن خرج الدين بعد ذلك، أمر الوارث بردّ نصف الكرّ إلى المسلم إليه، وأخذ نصف رأس المال منه، لأن المريض أقال السلم في الكلّ، وتعذّر تنفيذها في الكلّ لضيق المحل، فنفذت الإقالة في النصف، وتوقّفت في النصف إلى أن يخرج الدين. أكثر ما في الباب: أنّ القبض انتقض في النصف، إلا أنّ القبض ليس بشرط لصحّة الإقالة.

---

(١) فسّر أبو البقاء الكفوي «الجبر» بأنه ربط المنكسر ليلتئم ويكمل، ومنه اسم الجبّار. انظر «الكليات» ص٣٥٢.

(٢) وفي (ج) و (د): "وهو عشرة".

ألا ترى أنه لو مات بعد الإقالة قبل قبض رأس المال لاتبطل الإقالة، بخلاف لصرف والسلم، فإن كان الوارث استهلك ذلك النصف أو باعه، أو هلك في يده قبل خروج الدين، كان عليه ضمانه، لأن الموجب للردّ قائم، وعجز عن التسليم، فكان عليه ضمانه.

رجل باع كرّا من تمر فارسي يساوي ستين درهما في مرضه، بكرّ من دَقَل[١] يساوي عشرين درهما[٢]، وتقابضا، ثم مات المريض، وله على رجل ألف درهم إلى سنة، لامال له غير ذلك، وأبت الورثة أن يجيزوا له الكرّ، كان لهم[٣] ذلك، لأنه حابى بأكثر من الثلث، ويخيّر بائع الدّقل: إن شاء نقض البيع، وردّ الفارسي، لأنه رضي بزوال الدقل عن ملكه بشرط أن يسلم له الفارسي.

فإذا لم يسلم له، والبيع مما يحتمل الفسخ، كان له أن يفسخ، كما لو وجد بالمبيع عيبا، بخلاف إقالة السلم، لأنها لاتحتمل الفسخ، وإذا فسخ بطل حقه، لايعود بعد ذلك، وإن خرج الدين، لأن وصيته كانت في ضمن البيع. فإذا بطل البيع بطل ما في ضمنه.

وإن أبي أن ينقض البيع، فإنّ القاضي يجيز البيع في نصف الفارسي بنصف الدّقل، ويردّ النصف من الفارسي على الورثة، لأنه لاوجه لدفع الضرر عن الورثة، بأن يزاد على الدقل عشرون درهما، لأنه يصير مشتريا كرّا فارسيا بكرّ دقل وعشرين درهما، وإنه ربا.

---

(١) "الدّقَل": بفتحتين، نوع من أردأ التمر، الواحدة: دقَلَة، ويقال: أدقَل النخل، صار تمرُه دقلا. انظر «المغرب» ١/ ٢٩٢، المصباح المنير» ١/ ١٩٨.

(٢) "درهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "فلهم ذلك".

ولا وجه بأن يردّ على الورثة ثلثَ الفارسي، لأنه يصير بائعا كرًا دقلا بثلثي كرّ فارسيّ، وإنه ربا، فتعيّن لدفع الضرر هذا الوجه، وهو أن يجوز البيع في نصف الفارسي بنصف الدقل، لأنه حابى بأربعين، وثلث ماله عشرون نصف المحاباة، ولو كانت المحاباة مثل الثلث يجوز في الكلّ، فإذا كان من[1] نصف المحاباة، يجوز في النصف، ويبطل في النصف، فيسلم للورثة نصف الفارسي، وقيمته ثلاثون، ونصف الدقل، وقيمته عشرة، فيسلم لهم أربعون درهما، ويسلم لبائع الدقل نصف الفارسي، وقيمته ثلاثون، بنصف الدقل وقيمته عشرة، فيسلم له بطريق المحاباة عشرون، فيستقيم الثلث والثلثان.

فإن خرج الدين بعد ذلك، يردّ على بائع الدّقل النصف الباقي من الفارسي، ويؤخذ منه نصف الدقل، لأن المريض حابى له بأربعين، إلا أنه تعذّر تنفيذ الوصية في الكلّ لضيق المحل، فإذا خرج الدين وجب تنفيذ الوصية في الكلّ.

أكثر ما في الباب أنّ القبض انتقض في نصف الفارسي من الأصل، إلا أن التقابض في بيع الطعام بالطعام[2] عندنا ليس بشرط، فلا يمنع تنفيذ البيع في الكلّ، فصار هذا والهبة سواء، إلا أنّ هنا إذا هلك البدل والمبدل في يد من كان في يده، أو استهلكه، لا يضمن شيئا، وفي فصل[3] الهبة يضمن، لأن هبة المريض[4] وصية بالعين، وفي الوصية بالعين إذا فات محل الوصية إلى بدل، يجب تنفيذها في البدل.

---

(١) وفي (ج) و (د): "مثل نصف المحاباة".

(٢) "بالطعام" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) جاءت العبارة في (ج) و (د): "لأن الهبة في المرض".

وفي الوصية بالبيع إذا فات محل الوصية، تبطل الوصية، ألا تري أنه لو[1] أوصى بعبد لإنسان، أو وهب له في مرضه، فقتل العبد خطأ، كانت القيمة للموصى له.

ولو أوصى ببيع عبده من إنسان، ثم قتل العبد خطأ، تبطل الوصية، ولاتقام القيمة مقام العبد في حق البيع، فلهذا افترقا.

رجل اشتري عبدا يساوي تسع مائة درهم بمائة درهم، وتقابضا، ثم[2] مرض المشتري، وأقال البيع في مرضه، ثم مات، وله ألف [درهم][3] على رجل إلى سنة لامال له غيره، وأبت الورثة أن يجيزوا الإقالة، كان لهم ذلك، لأن الإقالة في حق الورثة بمنزلة البيع المبتدأ [في حقهم][4]، فلا يملك المحاباة إلا قدر الثلث.

ويخيّر بائع العبد: إن شاء نقض الإقالة، وردّ العبد على الورثة بمائة درهم، ولاشيء له بعد ذلك، خرج الدين أو لم يخرج، لما قلنا. وإن شاء لم ينقض، فإن أبي أن ينقض الإقالة، فإن القاضي يجيز الإقالة في ثلاثة أثمان العبد، ويردّ خمسة أثمانه على الورثة، لأن دفع الضرر عن الورثة واجب، ولاوجه لدفع الضرر بإزالة المحاباة، وإيجاب شيء على البائع، لأن الإقالة إنما تكون بالثمن الأوّل، فعند الزيادة في البدل، تخرج من أن تكون إقالة، فتعين هذا الطريق.

---

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "ألا ترى من أوصى".

(٢) "ثم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

ووجهه أن نقول: بأنه حابى بثمانمائة، وثلث ماله ثلاثمائة، فثلث ماله مثل ثلاثة أثمان المحاباة، فإذا كان مثل ثلاثة أثمان المحاباة، ينفذ ثلاثة أثمان المحاباة، وإذا نفذت ثلاثة أثمان المحاباة، نفذت الإقالة في ثلاثة أثمان العبد، وقيمته ثلثمائة وسبعة وثلاثون ونصف، لأن قيمة العبد تسعمائة، فثلاثة أثمانه يكون[1] ثلاثمائة وسبعة وثلاثون ونصف بثلاثة أثمان الثمن، والثمن مائة درهم، فثلاثة أثمانه يكون سبعة وثلاثين ونصفا.

يردّ هذا القدر من الثمن على الورثة، وتأخذ الورثة من العبد خمسة أثمانه، وقيمته خمسمائة واثنان وستون ونصف، وقد أخذوا من الثمن سبعة وثلاثين ونصفا، فحصل لهم ستمائة، وحصل للبائع ثلاثة أثمان العبد، وذلك ثلاثمائة وسبعة وثلاثون ونصف بسبعة وثلاثين ونصف درهم، وحصل له من المحاباة ثلثمائة، فيستقيم الثلث والثلثان.

وتخريجه بطريق الجبر والمقابلة أن نقول: نفذنا الإقالة في شيء، فبقي عبد إلا شيء، وما جازت الإقالة فيه جازت بتسعة، لأن الثمن مثل تسع العبد، فيضمّ تسع شيء إلى العبد، فصار في يد الورثة عبد إلا ثمانية أتساع شيء، وإنه يعدل شيئا وسبعة أتساع شيء، لأن الوصية لما كانت في ثمانية أتساع العبد[2]، كان للورثة ضعف ذلك، وهو شيء وسبعة أتساع شيء، إلا أنّ العبد ناقص بثمانية أتساع شيء، فأجبره بأن يزيد عليه ثمانية أتساع شيء.

وإذا زدتَ في العبد ثمانية أتساع شيء، زد فيما يعدله، وهو شيء وسبعة أتساع

---

(١) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "أتساع شيء".

شيء، ثمانية أتساع شيء، فصار العبد الكامل يعدل شيئين وسبعة أتساع شيء، وهو من حيث الأجزاء أربعة وعشرون، كلّ شيء تسعة.

وإذا صار العبد أربعة وعشرين، فنقول: نفذنا الإقالة في شيء من العبد، وهو تسعة من أربعة وعشرين، وتسعة من أربعة وعشرين ثلاثة أثمانه، كلّ ثمن ثلاثة، فبقي في يد الورثة من العبد خمسة عشر، وهو خمسة أثمانه، كلّ ثمن ثلاثة، وسلم لهم أيضا بدل ما جازت الإقالة فيه، وهو سهم واحد، لأنا نفذنا الإقالة في تسعة من أربعة وعشرين، بمثل تسعة، وذلك سهم واحد، فصار جميع ما سلم للورثة ستة عشر، وللبائع تسعة، سهم واحد ببدل، وثمانية بطريق المحاباة بغير بدل، فاستقام الثلث والثلثان.

فإن خرج الدين، أمر الورثة بردّ كلّ العبد إلى البائع، لأنه إنما لايسلم كلّ العبد للموصى له لدفع الضرر، فإذا خرج الدين، اندفع الضرر عنهم بزوال المانع، فأمروا بردّ ما كان في أيديهم إن كان قائما، وإن هلك في أيديهم، أو استهلكوه ببيع أو غيره، لم يضمنوا شيئا، لأن سبب حق البائع الإقالة، والإقالة تبطل بهلاك العوض قبل التسليم، فتبطل وصيته، بخلاف الإقالة في الصرف والسلم، لأنها لاتحتمل الفسخ على ما قلنا.

فإن باع بعض الورثة نصيبه دون البعض، ردّ عليه ما بقي، اعتبارا للبعض بالكلّ، ويرجع الوارث [الذي][1] ردّ نصيبه من العبد في مال الميت الذي خرج حتى يساوي الورثة، لأن نصيبه قد استحق عليه، فيرجع بذلك في التركة، لأن الاستحقاق على بعض

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وصحّحته من (ج) و (د) فلا يستقيم الكلام بدونه.

الورثة استحقاق على الكل[1].

ثم[2] استشهد [محمد رحمه الله][3] بمسألة الصرف فقال: مريض باع إناء من فضة وزنه عشرون، وقيمته لصياغته ستون، باعه بعشرين درهما، وتقابضا، ثم مات، وله على رجل ألف درهم لامال له غيره، وأبت الورثة أن يجيزوا، كان لهم ذلك، لأنه حابى بأكثر من الثلث، ويخيّر المشتري، إن شاء نقض البيع، وإن شاء أمضاه في البعض، فإن نقض، بطل حقه،[4] لايعود حقه بعد ذلك، وإن خرج الدين، لما عرف غير مرة.

وإن لم ينقض البيع، جعل له القاضي نصف الإناء بنصف الثمن، وردّ نصف الإناء مع نصف الثمن على الوارث، حتى يصير في يد الورثة نصف إناء، قيمته ثلاثون وعشرة دراهم، فيكون أربعين.

وهذه المسألة، وما تقدم من بيع التمر الفارسي بالدقل سواء إلا في خصلة: وهو أن ما يردّه القاضي في الحال على الورثة يبطل فيه البيع، ولايعود، وإن خرج الدين لانتقاض القبض المردود من الأصل، بخلاف بيع الكرّ؛ لأن التقابض فيه ليس بشرط.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) كذا في الأصل، والعبارة في (ج) و (د): "لأن الاستحقاق على بعض الورثة بمنزلة الاستحقاق عليه".

(٢) "ثم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) قوله: "بطل حقه" ساقط من (ج) و (د).

باب ما يساوم به الرجل أو يشتري أو يشهد به فيقضي بشهادته أو لايقضي ثم ادّعاه لنفسه أو لغيره

في الباب فصلان: فصل في المساومة، وفصل في الشراء وما يجري مجراه.

وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: أنّ الاستيام[1]، والشراء، وما يجري مجراه من أسباب الملك إقرارٌ بأن لاملك له قطعا، وإقرارٌ بملك الآخر ظاهرا، لأن الظاهر: مباشرة التصرف بجهة الأصالة، وحكم الملك، لابجهة النيابة.

وإقرارٌ بصحّة التصرف، لأن إقدام العاقل على التصرف طلب لحكمه المتعلق به، فيكون طلبا للصحّة والجواز، والظاهر يصلح حجةً للدفع دون الاستحقاق[2].

---

(١) وفي (ج) و (د): "الاستام"، وما ثبت أصح.

(٢) قاعدة معروفة كثيرة الدوران على ألسنة الفقهاء، وهي متفرعة من قاعدة فقهية أساسية: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» «المجلة» مادة: ٥، وهذا الأصل يسمّى: "الاستصحاب"، ومن القواعد الشرعية العامة أن الاستصحاب حجّة دافعة لا حجة مُثبتة، فالمفقود الذي غاب عن بلده ولايُعرف خبره أنه حيّ أو ميّت، لايكون استصحاب حياته حجةً ملزمةً للإرث من غيره، وذلك مرتبط بقاعدة أخرى ثابتة: «اليقين لايزول بالشك» ولذا عبّره العلامة الأخلاطي بقوله: "الأصل أن الثابت بالاستصحاب يصلح للدفع، لا للاستحقاق، لأن الثابت لايزول بالشك، وغير الثابت لايثبت به". «التيسير بمعاني الجامع الكبير»، مخطوط بالمكتبة المحمودية، المدينة المنورة، رقم

والثاني: أنّ التناقض يمنع صحّة الدعوى[1]، وسعي الإنسان في نقض ما تمّ به بمنزلة التناقض.

والثالث: أنّ الإقرار إذا ثبت في ضمن البيع، يبطل إذا بطل البيع، لأنه تَبع للبيع.

[إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله][2]: رجل اشتري طَيلَسانا[3] بثمن، وتقابضا، ثم ادّعى أنّ الطيلسان كان لأبيه يوم اشترى، مات أبوه أمس، وتركه ميراثا، ولاوارث له غيره، وأراد أن يرجع بالثمن على بائعه، لاتُسمع دعواه، ولاتقبل بينته، لأن الإقدام على الشراء إقرار بملك البائع ظاهرا، والظاهر يصلح حجة للدفع.

فإن كان الأب حيا، فأقام البينة أن الطيلسان له، تُسمع دعواه، ويقضي له به، لأنه لم يسبق منه ما يجعله مناقضا. فإذا قضي القاضي له، واسترد الطيلسان[4]، رجع المشتري

٩٦٢، ق ١٦٨، وذكرها قاضي خان في ص ٣٦٠ بصيغة أخرى: "التمسك بالظاهر يصلح للدفع، لا للإيجاب"، وانظر: «المبسوط» ٥/ ٥، ٨، ٦٧، ٩/ ١٧١، «فتح القدير» ٧/ ٣٤٠، «غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر» للحموي، ١/ ٢٤٢، «درر الحكام» ١/ ٢٠، «شرح المجلة» للأتاسي، ١/ ٢٠.

(١) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٣٩/ و ٢/ ٤٧٥، و «الفرائد البهية» لمفتي محمود حمزة ص ٩٣. و راجع ما تقدم في ص ٩١٥.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) "الطيلَسان": فارسي معرَّب من تالشان، وجمعه: طيالِسة، قال الفارابي: هو فَيعَلان بتح الفاء والعين، والطيلسان من لباس العجم، مدوّر أسود. انظر «المغرب» ٢/ ٢٣، «المصباح المنير» ٢/ ٣٧٥.

(٤) "الطيلسان" ساقط من (ج) و (د).

بالثمن على بائعه، لأن المبيع استحق على [يد][1] المشتري بما هو حجة على البائع، فيرجع عليه بالثمن.

فإن مات الأب، فورث الابن الطيلسان، سلم له، ولم يكن للبائع سبيل في استرداد الثمن وغيره، لأن المشتري وإن أقرّ بصحّة الشراء، إلا أنّ القاضي لما قضى عليه، فقد كذّبه فيما أقرّ، فالتحق إقراره بالعدم.

وكذا لو قضى القاضي بالطيلسان للأب، فمات الأب قبل أن يقبضه، وقبل أن يرجع المشتري بالثمن؛ لأن القضاء قد تمّ فبطل البيع، ويرجع المشتري بالثمن على بائعه.

وإن مات الأب بعد ما أقام البينة قبل أن يقضي القاضي له، فورثه المشتري، ولا وارث له غيره، بطلت تلك البينة؛ لأن قيام الخصومة شرط لصحّة القضاء، فإذا مات الأب، والمشتري لا يتمكن من طلب القضاء لمكان التناقض، تبطل البينة ضرورةً.

فإن كان للأب ابن آخر، فهو على حججه، لأنه لم يسبق منه ما يجعله متناقضا، فكان له أن يطلب القضاء، إلا أن القاضي يقضي له بحصته، وهو النصف، لأنه لو قضى بجميعه، يقع القضاء للوارث من كل وجه[2]، ولهذا لا تسمع خصومة الابن المشتري، فلو قضينا بكلّه بخصومة هذا الابن، فجعلناه خصما عن المشتري، والمشتري لو خاصم بنفسه لا يصحّ، فيمتنع القضاء.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج).

(٢) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د): "للوارث بالجميع".

وإذا قضى القاضي بحصته من الثمن[1]، يخيّر المشتري: إن شاء ردّ الباقي، وسقط عنه كلّ الثمن، وإن شاء أمسك النصف، ويلزمه نصف الثمن.

ولو كان المشتري أقرّ أنّ الطيلسان للبائع، ثم اشتراه منه، ثم إن والد المشتري أقام البينة أن الطيلسان له، فقضى له القاضي، فإن المشتري يرجع بالثمن على بائعه على ما عرف من حكم استحقاق المبيع.

فإن مات الأب بعد ذلك، وورث الابن الطيلسان، فهو على وجوه ثلاثة: إما أن مات قبل أن يرجع المشتري بالثمن على بائعه، أو بعد ما رجع بالقضاء، أو بالتراضي.

ففي الوجه الأوّل: يسلم الطيلسان للمشتري، وسلّم[2] الثمن للبائع، لايرجع عليه المشتري، لأن المشتري لما أقرّ بالملك للبائع صريحا، فقد أقرّ أنّ والده كان مبطلا في الدعوى، وشهوده شهدوا بالباطل، وأن المبيع سلّم له من جهة البائع بخلاف الفصل الأوّل، لأن ثمة ما أقرّ له بالملك صريحا، وإنما أقرّ في ضمن البيع، وبقضاء القاضي بطل البيع، فيبطل ما كان في ضمنه.

وإن كان المشتري رجع بالثمن على بائعه بالقضاء، ثم مات والده، كان البائع بالخيار: إن شاء استرد الثمن من المشتري، وترك الطيلسان عليه، وإن شاء أخذ الطيلسان [منه][3]، ولم يستردّ الثمن، لأن المشتري حين رجع بالثمن على بائعه، فقد فسخ العقد،

---

(١) وفي (ج) و (د): "من النصف".

(٢) "سلّم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين أضيفت من (ج) و (د).

والبائع لم يرض بفسخه، لكن القاضي ألزمه بالشهادة الباطلة، فتوقّف ذلك على إجازته، فإن شاء رضي به[1]، واسترد المبيع، وإن شاء أبطل ذلك الفسخ، واسترد الثمن، وهذا قول محمد.

أما على قول أبي حنيفة، وأبي يوسف آخرا: نفذ قضاءه ظاهرا وباطنا، وانفسخ البيع بينهما، فلا يخيّر البائع على هذا الوجه، وله أن يأخذ الطيلسان من المشتري.

وإن كان المشتري رجع على بائعه بالثمن من غير قضاء، وأخذ الثمن بالتراضي، ثم مات والده، كان للبائع أن يأخذ الطيلسان من المشتري، وليس له أن يستردّ الثمن، لأنهما فسخا العقد بالتراضي، فانفسخ ظاهرا وباطنا، فيسلم الثمن للمشتري، ويردّ الطيلسان على البائع بحكم الإقرار. هذا هو فصل الشراء.

وأما فصل المساومة:

رجل في يده طيلسان، فقال له رجل: بعني هذا الطيلسان، فلم يتفق بينهما بيع، أو جرى بينهما بيع بشرط الخيار لأحدهما، ثم أقام المشتري البينةَ أن الطيلسان كان لأبيه يوم ساومه، وأن أباه مات أمس، وتركه ميراثا، لم تُسمع دعواه، ولاتقبل بينته، لما ذكرنا أن المساومة والشراء إقرار بأن لاملك له، وإقرار بملك البائع من حيث الظاهر، والظاهر يصلح حجّة للدفع، فيصير دافعا لدعوى المدعي، ولو ادّعى والده تُسمع دعواه لعدم المناقضة.

فإن قضى القاضي لوالده، ثم مات الوالد، وورثه الإبن المشتري، لاسبيل عليه

(١) "به" ساقط من (ج) و (د).

للذي[1] كان في يده، لما قلنا إن المساومةَ إقرار من حيث الظاهر، إلا أن الظاهر لا يصلح حجةً للاستحقاق.

وروى هشام عن محمد: أنّ من ساوم رجلا بشيء، ثم اشترى ذلك الشيء من آخر، وقبضه، فللأوّل أن يأخذه منه؛ لأن المساومة إقرار له بالملك.

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية أنه إقرار من حيث الظاهر، فلا يصلح حجة للاستحقاق.

ولو قال عند المساومةِ: هذا الطيلسان لوالدي، وقد وكلّكَ ببيعه، فبعه مني، فلم يتفق بينهما بيع، ثم أقام المساومِ البينةَ أنّ الطيلسان كان لأبيه يوم المساومة، مات أبوه أمس، وتركه ميراثا له، قبلت بينته، لأنه ليس بمتناقض.

ألا ترى أنه لو اشتراه، ونقد ثمنه، ثم أقام البينة أنه كان لأبيه يوم اشتراه، وأنه كان وكلّه ببيعه، فصحّ بيعه مني، ثم مات أبي وثمنه لي، سمعت[2] دعواه، وقبلت بينته، لأنه ليس بمتناقض، بل هو ساع في تقرير ما تمّ، لأنه ادّعى ملك الثمن بسبب جديد.

وكذلك: رجل ادّعى طيلسانا في يد رجل أنه اشتراه من الذي في يده بمائة درهم، وأقام بذلك شاهدين، فشهدا أنّ الذي في يدَيه باعه من هذا المدّعي بمائة درهم، وقالا: لاندري أهو للبائع؟ أو لم يذكرا هذه الزيادة، فقضى القاضي بذلك أو لم يقض، حتى ادّعى الشاهدان أنّ الطيلسان كان لأبيهما يوم شهدا، ثم مات أبوهما أمس، وتركه ميراثا

---

(١) في الأصل: "عليه الذي" مكان "عليها للذي".

(٢) في الأصل: "سمع دعواه"، والمثبت من النسخ الأخرى.

لهما، لاتسمع دعواهما؛ لأن شهادتهما بالبيع إقرار بملك البائع، وإقرار على أنّ البائع كان بسبيل من البيع، فكانا متناقضين في دعواهما.

فإن قيل: كيف يقضي القاضي بهذه الشهادة وقد قالا: لاندري أهو للبائع أم لا؟

قلنا: لما شهدا بالبيع، فقد شهدا ببيع صحّيح من حيث الظاهر، وبما هو سبب الملك للمشتري، فجاز القضاء بها. فإن استحقه رجل آخر، ثم وصل إلى الشاهدين بسبب من الأسباب، لم يكن للبائع ولا للمشتري سبيل عليهما، لأنهما شهدا بالبيع نصا، وما صرّحا بالملك للبائع والمشتري، فلو ثبت ذلك إنما يثبت في ضمن البيع.

فإذا بطل البيع بقضاء القاضي للمستحق، بطل ما في ضمنه، ولما ذكرنا أن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق. ولو بيّنا للقاضي يوم شهدا أن الطيلسان لنا، أو لأبينا، أو لفلان، وقد باعه هذا الذي في يده من هذا المدّعي، جاز القضاء لأن الشهادة بالملك المطلق تنصرف إلى الصحّيح.

وقولهما: "هو لنا"، كلام منفصل عن الشهادة غير محتاج إليه، لايثبت بمجرد دعواهما، فلا يمنع قبول الشهادة، فإن أقاما بعد ذلك بينة[1] أنه لهما، أو لأبيهما، أو لفلان، وقد وكلّهما فلان بالخصومة، صحّ، لأنهما ادّعيا شيئا قد ادّعياه أوّلا عند الشهادة، فانعدم التناقض.

ولو لم يشهدا بشيء عند القاضي، ولكنهما قالا للقاضي أوّلا: إن فلانا باع هذا الطيلسان من فلان، ثم ادّعياه لأنفسهما، أو ميراثا عن أبيهما، صحّ، لأن مجرد القول

(١) وجاء في (ج) و (د): "فإن أقاما البينة بعد ذلك".

لاعلي وجه الشهادة لايكون حجة ولا طلبا للحكم، ليكون دليلا على صحّة البيع، ضرورة أن القاضي يقضي ببيع صحيح، بل يكون تسكينا، فلاتثبت المناقضة، والشهادة بالهبة المقبوضة، والصدقة، والنكاح عليه بمنزلة الشهادة بالبيع، لأنها من أسباب الملك.

وكذا لو شهدا بإجارة دار لرجل، ثم ادّعيا لأنفسهما، وأقاما البينة، لم تقبل بينتهما، ذكرا عند الدعوى أنهما وكلّاه بالإجارة، أو لم يذكرا ذلك، إذا لم يقيما البينة على التوكيل.

أما إذا لم يذكرا ذلك، فلأنهما شهدا بعقد موجب للتسليم، فصار كما لو شهدا بالبيع. وأما إذا ذكرا أنهما وكلّاه بالإجارة، فلأنهما إذا لم يقيما البينة على التوكيل، لم يثبت التوكيل، بقيت إجارة مطلقة، فتنصرف إلى الإجارة بحكم الملك. فإذا ادّعيا الدار بعد ذلك كانا متناقضين.

وكذا لو ادّعيا أنها كانت لأبيهما يوم الإجارة، وذكرا أنّ الآجر أجّرها بوكالة أبيهما، أو لم يذكرا هذه الزيادة، ثم مات أبوهما، وتركها ميراثا لهما، ولم يقيما البينة على التوكيل، لا تُسمع[1] دعواهما، ولا تقبل بينتهما على الميراث.

وكذا لو ادّعيا لغيرهما بوكالة ذلك الغير، لاتصحّ، لأن التناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره بطريق الوكالة، سواء ذكر أن فلانا وكل بالإجارة أو لم يذكرا ذلك، لما قلنا.

---

(١) وفي (ج) و (د): "تُسمع"، وهو خطأ.

قال[1]: فلو قضى القاضي بالإجارة بشهادتهما، ثم ادّعيا أن الدار لهما، وأنهما وكلّا الآجر بإجارتها، وأقاما البينة على ذلك كلّه، وعلى إقرار المؤاجر بالوكالة لهما، قبلت بينتهما؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا، ولو عاينّا إقرار المؤاجر بذلك، يرتفع التناقض، فكذا إذا ثبت بالبينة، وكذا في البيع إذا أقاما البينة على إقرار البائع أنه كان وكيلهما في البيع[2]، قُبلت، وكان الثمن لهما.

وإذا سمع دعواهما، وقبلت البينة بعد ذلك، ينظر: إن كان البائع والآجر ادّعيا العقد، والمشتري والمستأجر ينكران ذلك، حتى شهدا به، وقضى القاضي بذلك، ثم أقاما البينة أن ذلك لهما أو لأبيهما، وأنهما وكّلا البائع أوالآجر، يُقبل ذلك منهما، لأنهما شهدا بصحّة البيع والإجارة، ودعواهما الوكالة يقرر ذلك.

وإذا سمع[3] دعواهما عند دعوى الوكالة، ظهر أنّ شهادتهما بالبيع والإجارة كانت باطلة، لأنهما شهدا لأنفسهما أو لأبيهما على المشتري أو المستأجر، فتبطل الإجارة والبيع، إن أراد المستأجر أو المشتري[4] ذلك، لأن قضاء القاضي قد بطل، بقي إقرار الشاهدين بالإجارة أو البيع، فإن شاء المستأجر أو المشتري صدّقهما، وإن شاء كذّبهما.

---

(١) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "في البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "وإذا سمعت".

(٤) ثبت في الأصل: "و المشتري" بثبوت حرف الواو، وسياق الكلام يقتضي ما أثبتناه من النسخ الأخرى، وكذا في قوله: "بالإجارة أو البيع"، وفي قوله: "إن شاء المستأجر أو المشتري".

فإن كان المستأجر والمشتري مقرّين بذلك، والبائع [والآجر][1] يجحدان ذلك[2]، مضت الإجارة والبيع، لأنه ظهر أنهما شهدا بذلك على أنفسهما أو على أبيهما، فتقبل، إلا أن في مسألة الأب متى قبلت الشهادة، يحكم ببطلان الإجارة من وقت موت أبيهما، لأن موت الموكل يُبطل الإجارة في المستقبل.

ولو أقاما البينة أنه كان لأخيهما فلانٍ، وأنه وكل البائع، أو الآجر بالبيع والإجارة، وأنه مات، وترك ذلك ميراثا لهما، والمشتري والمستأجر يدّعيان ذلك، أو يجحدان، تُقبل[3] ذلك منهما، ولا يبطل به البيع والإجارة، لأنه تبيّن أنهما شهدا للأخ أو عليه، والشهادة للأخ مقبولة، إلا أنه يجب الأجر لهما في الماضي دون المستقبل، لانتقاض الإجارة بموت الموكل.

رجل اشترى من رجل عبدا، أو ساوَمه، ثم أقام البينة أنّ العبد كان لأبيه يوم الشراء، وأنه كان وكيل البائع بالبيع، قُبلت بينته، ويقضى بالثمن له وبالعبد، إن لم يتمّ البيع، لأنه ساع في تقرير ما أوجبه، لافي نقضه، فتقبل بينته.

ولو وكل رجلا بالخصومة في عبد، فأقام المدّعى عليه البينة أنّ الوكيل ساوَمه هذا العبد في غير مجلس القضاء قبل الوكالة أو بعدها، أخرجه القاضي من الوكالة، لأن المساومة إقرار بالملك ظاهرا، فتخرجه من أن يكون خصما.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

(٢) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في الأصل: "قبلت".

ولو وصل العبد إلى الوكيل بوجه من الوجوه، لايؤمر بتسليمه إلى من كان في يده، لأن المساومة إقرار من حيث الظاهر، فلا تصلح حجة للاستحقاق.

ولو أقام المدّعى عليه البينة أنه ساومه في مجلس القاضي، أخرجه القاضي من الوكالة، وبطلت خصومة الموكل، لأن المساومة إقرار بالملك ظاهرا.

والأصل في هذا: أنّ الوكيل إذا أقرّ لغير الموكل بالملك، فإن كان الإقرار قبل التوكيل، خرج من أن يكون خصما لمكان التناقض، ولاتَبطل خصومة الموكل؛ لأن الإقرار قبل التوكيل إقرار الأجنبيّ، فلا يلزم غيره.

وإن أقرّ بذلك بعد التوكيل، فإن كان الإقرار في مجلس الحكم، يخرج من أن يكون خصما، وتبطل خصومة الموكل، لأن إقرار الوكيل على موكلّه في مجلس الحكم يلزم الموكل عندنا[1]، خلافا لزفر والشافعي[2] رحمهما الله، إلا إذا كان الموكل استثنى

(١) هذا مقيد عند الحنفية بالإقرار في غير الحدود والقصاص، فالوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في غيرهما، لأن الوكيل بالخصومة وكيل بالجواب عن دعوى المدعي لبيان الحق وإثباته، وليس للمنازعة فقط، والجواب قد يكون إنكارا وقد يكون إقرارا. انظر «المبسوط» ١٩/ ٤، ٥، «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، «تكملة فتح القدير» ٦/ ١٠، «الدر المختار» ٤/ ٤٣٠.

(٢) ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة وزفر من الحنفية إلى أن الوكالة إذا كانت مطلقة لاتتضمّن الإقرار على الموكل، فلو وكّل رجلا بالخصومة لا يقبل إقراره على موكله بقبض الحق وغيره، لأن الوكالة بالخصومة معناها التوكيل بالمنازعة، والإقرار مسالمة، لأنه يقطع الخصومة في النهاية، فهو يتنافي مع معنى الوكالة بالخصومة، فلا يملكه الوكيل كالإبراء. انظر «المهذب» ١/ ٣٥١، «المجموع» للنووي ١٣/ ٥٥٧، ٥٥٨، «المغني» لابن قدامة ٥/ ٩١.

واستثنى المالكية منه حالتان: الأولى إذا كان الوكيل عاما وجعل له الموكل الإقرار في عقد

إقراره، فحينئذ يخرج من أن يكون خصما، ولاتبطل خصومة الموكل[1].

وإن أقرّ الوكيل بذلك في غير مجلس القاضي، بطلت خصومته، ولا تبطل خصومة الموكل في قول أبي حنيفة ومحمد[2].

وعند أبي يوسف: إقرار الوكيل في غير مجلس القاضي ينفذ على الموكل، كإقراره في مجلس القاضي[3]، والمسألة معروفة.

والمساومة، والاستيهاب، والاستبداع إقرار لذي اليد بالملك من حيث الظاهر، والظاهر يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق على ما ذكرنا.

رجلان وكلا بالخصومة في دار، واستثنى الموكل إقرارهما، فخاصما فيها، ثم ادّعى رجل أنه اشتراها من الذي في يده، فشهد له الوكيلان، خرجا من الوكالة لما قلنا، والموكلّ على خصومته وحجّته، لأن شهادتهما إقرار بمنزلة المساومة، إلا أن إقرارهما لم ينفذ على

الوكالة، والثانية إذا اشترط خصم الموكل أن يجعل الإقرار لوكيله. انظر «بداية المجتهد» ٢/ ٢٩٧، «الشرح الكبير» ٣/ ٣٧٩، «مختصر احتلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٦٩.

(١) «المبسوط» ١٩/ ٤، «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤.

(٢) قيّد الإمام أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله إقراز الوكيل في مجلس القاضي لا في غيره، لأن الموكل فوّض الأمر إليه للنيابة عنه في مجلس القضاء، لأن التوكيل هو بالخصومة، وذلك يختصّ بمجلس القاضي، بدليل أن الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، «تكملة فتح القدير» ٦/ ١٠٢، «مختصر احتلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٦٩.

(٣) وجه قوله أن التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره، وإقرار الموكل لايتقيّد بمجلس القاضي، فكذا إقرار الوكيل. المرجع السابق.

الموكل للاستثناء، حتى لو لم يستثن إقرارهما ينفذ عليه، وتبطل خصومته.

فإن لم يقض القاضي بشهادتهما حتى وصلت الدار إليهما بوجه من الوجوه، سلمت الدار[1] لهما، ولا يلزمهما[2] التسليم إلى الذي كان في يده، لأنهما شهدا بالبيع، والشهادة بالبيع إقرار بالملك من حيث الظاهر، وهي والمساومة سواء.

(١) "الدار" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج): "ولا يلزم".

باب من البيع الذي فيه الخيار الذي يلزم به بعض المبيع

في الباب فصول أربعة:

خيار الشرط في بعض المبيع، والثاني خيار الشرط فيما لايبقى، والثالث الإبراء في خيار الشرط، والرابع تفريق الصفقة في البيع الموقوف.

وبنى الباب على [أصول][1]:

أحدهما: أنّ جهالة المبيع أو الثمن تمنع جواز العقد؛ لمكان الإفضاء إلى المنازعة.

والثانى: أنّ أحد العاقدين لايملك تفريق الصفقة قبل التمام لما عُرف.

والثالث: أن جهالة الثمن في الابتداء تمنع الانعقاد لوصف الصحّة، والجهالة الحادثة بعد العقد لاتمنع البقاء، لتعذّر الاحتراز عنها.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل اشترى عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما، لم يجز[2]، وهذه المسألة على وجوه أربعة:

---

(١) ورد في الاصل وفي (ج) و (د): "بنى الباب على أصلين"، وما أثبته فهو مقتضى سياق الكلام لأن الشارح بنى الباب على ثلاثة أصول، وفي (ج) و (د) بنى الباب على أصلين حيث ضمّ الأصل الثالث في الأول بقوله: "والجهالة في الابتداء تمنع".

(٢) لأن الذي لزمه العقد منهما مجهول، وإلزام العقد في المجهول لا يجوز، انظر «المبسوط» ١٣/ ٦٧.

أحدها: أن يكون محل الخيار معلوما وثمنه معلوما، بأن قال: بعت منك هذين العبدين بألف درهم، كلّ واحد منهما بخمسمائة، على أني بالخيار في هذا العبد.

والثاني: أن يكون محل الخيار مجهولا، وثمنه مجهولا، بأن قال: بعت منك هذين العبدين بألف على أني بالخيار في أحدهما.

والثالث: أن يكون محل الخيار معلوما، وثمنه مجهولا بأن قال: بعت منك هذين العبدين بألف على أني بالخيار في هذا بعينه.

والرابع: أن يكون محل الخيار مجهولا، وثمنه معلوما[1]، بأن قال: بعت منك هذين العبدين كلّ واحد منهما بألف، على أني بالخيار في أحدهما.

ففي الوجه الأوّل جاز؛ لأن المبيع معلوم، وثمنه معلوم، وفي الوجوه الثلاثة لايجوز.

أما في الوجه الثاني: فلأن المبيع مجهول، لأن العقد نفذ في أحدهما، وانعقد في حق الحكم، ولم ينفذ في الآخر في حق الحكم، لأن خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، والذي نفذ فيه العقد ليس بمعلوم، وثمنه مجهول؛ لأن ثمن كلّ واحد منهما إنما يعرف بانقسام الثمن عليهما على اعتبار القيمة، وذلك أمر يجري فيه الحرز والظن، وجهالة الثمن في الابتداء تمنع انعقاد العقد، [وكذا][2] جهالة المبيع أو الثمن يمنع

(١) انظر «المبسوط» ١٣/ ٦٨.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، و ثبوته أصح.

الجواز[1]، فجهالتها أولى.

وفي الوجه الثالث والرابع لايجوز لجهالة المبيع أو الثمن.

فرّق بين هذا، وبين ما إذا باع عبدين بألف، فإذا أحدهما مكاتَب أو مدبر أو أم ولد[2]، حيث يجوز في القنّ بحصته من الثمن[3]، ولم يجعل هذا ابتداء العقد بالحصة، مع أن المدبر لايستحق البيع، وكذا المكاتب وأم الولد، ومحل الخيار هنا يدخل في البيع، ويستحق بالعقد، حتى لو أسقط الخيارَ ملكه المشتري من وقت العقد.

والفرق: أنّ هؤلاء أموال متقوّمة، فيكون محلا للعقد، وإنما لايثبت الملك للمشتري صيانةً لحقوقهم عن البطلان، فلم يمنع الدخول في حق انقسام الثمن على الكلّ، وإذا جعل الكلّ داخلا في العقد، لم يكن هذا ابتداء العقد بالحصة في حق القنّ، بل هذا إبقاء العقد بالحصة، والانقسام حكم ينفصل عن الملك.

ألا ترى أنه لو اشترى عبدين بألف، فإذا أحدهما ملك المشتري، جاز العقد في الآخر، كذلك هنا، وكذا الجواب لو كان الخيار للمشتري في جميع هذه الوجوه.

ولو اشترى شيئا واحدا أو مكيلا أو موزونا، وشرط الخيار في نصفه، أو في ثلثه، فهو جائز، لأن النصف والثلث معلوم، وثمنه معلوم، لأن ثمن الكلّ لما كان معلوما، كان ثمن النصف والثلث معلوما قطعا، بخلاف العبدين، لأن ثمن كلّ واحد منهما إنما يُعرف

---

(١) قوله: "أو الثمن يمنع الجواز" ساقط من (ج) و (د).

(٢) أما إذا كان أحدهما حرا فالبيع باطل في العبد. «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٦٧.

(٣) انظر «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٦٧.

بالحرز والظن.

وإذا جاز هذا العقد، كان للمشتري أن يردّ الذي فيه الخيار، وليس للبائع أن يمتنع عن القبول لمكان التشقيص، لأن البائع لما شرط الخيار للمشتري في البعض، وسلّطه على الفسخ، فقد رضي بهذا الضرر، وأوقع العقد متفرقا، ضرورةَ نفاذه في البعض دون البعض.

فرّق أبو حنيفة رحمه الله[1] بين هذا، وبين ما إذا شرط الخيار للمشتريَين، فأجاز أحدهما، وفسخ الآخر، حيث قال: لايجوز[2]، لأن ثمة الصفقة لم تقع متفرقة، بل توقّفت الجملة، وليس الظاهر من حالهما المخالفة، فلم يكن راضيا بالتفريق.

ثم في الفصل الأوّل: إذا كان المبيع معلوما، والثمن معلوما حتى جاز العقد، فإن كان الخيار للبائع، فأراد المشتري أن يأخذ الذي لاخيار فيه، وينقد ثمنه، ليس له ذلك؛ لأن البائع مسلط على إجازة العقد في الآخر، وعلى اعتبار الإجازة كان قبض أحدهما تفريقا للصفقة.

ولو أراد البائع قبض جميع الثمن، لايجبر المشتري على ذلك، لأن ثمن الذي فيه الخيار غير واجب على المشتري، فلا يجبر على دفع شيء هو غير واجب عليه.

(١) "رحمه الله" ساقط من النسخ الأخرى، وثبت في الأصل.

(٢) ذكر السرخسي رحمه الله هذه المسألة بوضوح فقال: وإن كان المشتري اثنين وهما بالخيار، فاختار أحدهما رده، والآخر إمساكه فليس لواحد منهما أن يرد حصته دون الآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: له ذلك. انظر «المبسوط» ١٣/ ٥٠.

ولو أراد البائع أن يدفع الذي لاخيار فيه إلى المشتري، لايجبر المشتري على قبضه[1]، لما فيه من تفريق الصفقة على اعتبار [عدم][2] الإجازة في الآخر.

ولو أراد البائع أن يسلم العبدين إلى المشتري، وهو على خياره، لم يجبر المشتري على قبضهما، لأن المشتري لم يملك الذي فيه الخيار للبائع، والإنسان لايجبر على قبض ملك الغير، ولو قبضه يصير مضمونا عليه بالقيمة بمنزلة المغصوب[3]، فيتوقف الأمر حتى يظهر الفسخ أو الإجازة.

فإن أجاز، قبضهما بجميع الثمن، وإن فسخ في الذي فيه الخيار، قبض الباقي منهما بحصته من الثمن، كأنّ الذي فسخ فيه العقد مات عند البائع، والتشبيه بالموت عند البائع يدل على أن المشتري يتخيّر في الآخر، كما يتخيّر في الموت.

والأصحّ أنه لايتخيّر، لأنه لما شرط الخيار للبائع، فقد رضي بالتفريق عند الفسخ، بخلاف ما لو مات أحدهما عند البائع.

ولو كان الخيار للمشتري، والمسألة بحالها، فأراد المشتري أن يأخذ الذي لاخيار فيه بثمنه، لم يجبر عليه البائع، لأن فيه تفريق الصفقة على اعتبار إجازة [المشتري][4]، والبائع لم يرض بالتفريق عند الإجازة.

---

(١) كذا في (ج) و (د)، والعبارة في الأصل: "لايجبر عليه المشتري".

(٢) "عدم" ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٣) انظر «المبسوط» ١٣/٦٨.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

ولو طلب المشتري أن يأخذ العبدين، وينقد جميع الثمن، وهو على خياره، لم يجبر البائع عليه، لأن البائع لم يملك ثمن الذي فيه الخيار، والإنسان لا يجبر على قبض شيء لم يملكه.

وكذا لو أراد البائع تسليم الذي لاخيار فيه، لم يجبر المشتري على قبضه، لأن فيه تفريق الصفقة. ولو أراد تسليمها، لم يجبر المشتري على القبول، لأن عند أبي حنيفة خيار المشتري يمنع ثبوت الملك، فلا يجبر على قبض ما لايملك.

وعلى قولهما: خيار المشتري إن كان لايمنع الملك يمنع اللزوم، فلا يجبر على ما ليس بلازم له.

وكذا لو اشترى عبدا على أن المشتري[1] بالخيار، لم يجبر البائع على تسليمه، وإن نقد المشتري الثمن، لأن البائع لم يملك الثمن إذا كان الخيار للمشتري، فلا يجبر على قبض ما لايملكه.

قال: ألا ترى أنه لو كان الثمن طعاما لايحل أكله، ولو كانت جاريةً لايحل وطيها، ولو أعتقها لاينفذ.

الفصل الثاني:

رجل اشترى شيئا يفسد مثل الفاكهة، والسمك الطري، والعصير، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فحلف البائع أن يفسد قبل أن يجيز، وقبل أن تمضي مدة الخيار، فالقياس أن لايجبر المشتري على شيء حتى يفسخ، أو يجيز باختياره، لأن البائع لما شرط الخيار

(١) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

للمشتري، فقد رضي بالضرر.

وفي الاستحسان يقال للمشتري: إما أن تفسخ العقد، وإما أن تأخذه، وليس عليك ثمنه إلى أن تجيز البيع أو يفسد عندك، لأن المشترى أقلهما ضررا، لأنه يتمكّن من بيعه من غيره، ويتمكّن من الردّ على البائع، فيبقى له رأس ماله. أما البائع لايتمكّن من دفع الضرر عن نفسه، لأنه لايقدر على بيعه من غيره، ولايتمكن من إلزام العقد، فلو ترك عنده يفسد، فيضيع ماله، والضرَران إذا تقابلا يتحمّل الأدنى لدفع الأعلى.

وكذلك رجل في يده سمكة طريّة، ادّعى رجل أنه اشتراها منه، وجحد البائع، فأقام المشتري بينة، ويخاف فسادها في مدة التزكية، فالقاضي يأمر المشتري حتى ينقُد الثمن، ويأخذ السمكة، ثم يبيع القاضي السمكة، ويقبض ثمنها، ويضع الثمن الأوّل والثاني على يد عدل.

فإن زكّيت البينة، يدفع الثمن الأوّل إلى البائع، والثاني إلى المشتري، وإن ضاعت في يد العدل، ضاعت على المشتري، لأن بيع القاضي كبيعه.

ولو لم تزكّ البينة، ضمن المشتري قيمةَ السمكة للبائع، لأن البيع لم يثبت، فيبقى قابضا ماله بجهة البيع.

الفصل [الثالث][1]:

البائع إذا أبرأ المشتري عن الثمن، والخيار للمشتري، فتمّ البيع بينهما، فإبراءه باطل في القياس.

---

(١) "الثالث" سقط خطأ من الأصل، وثبوته أصح. كما سيذكر الفصل الرابع قريبا.

وكذا لو قبض الثمن، ثم وهبه من المشتري، ثم تمّ البيع بينهما، فالهبة باطلة قياسا، وهو قول أبي يوسف. ويجوز استحسانا[1]، وهو قول محمد.

وكذا الآجر إذا أبرأ المستأجر عن الأجرة، في[2] القياس أن لايجوز، وهو قول أبي يوسف، وفي الاستحسان يجوز.

وجه القياس: أنّ الإبراء إسقاط[3]، فلا يصحّ[4] قبل الوجوب، وخيار المشتري يمنع وجوب الثمن، والأجرة لاتجب قبل الاستيفاء، فلا يصحّ الإبراء.

وجه الاستحسان: أنه إبراء بعد سبب الوجوب، فيصحّ[5]، كما لو أبرأه عن

---

(١) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د): "وفي الاستحسان يجوز".

(٢) "في" ساقط من (ج) و (د).

(٣) اختلفت الفقهاء في حقيقة الإبراء، هل هو إسقاط للحق عمن هو عليه، أو هو تمليك له؟ واختار الإمام قاضي خان أن الإبراء إسقاط، وقد صرّح به في كتاب الكفالة أيضا فقال: "أما الإبراء إسقاط محض، ليس فيه معنى التمليك؛ ولهذا لو أضيف إلى العين، لا يكون تمليكا للعين، فكذا لو أضيف إلى الدين" راجع: باب فيما يرجع المحتال عليه و فيما لا يرجع وفيما يبطل عن المحتال عليه وفيما لا يبطل ص ١٨٢٤.

والصحيح أن الإبراء إسقاط في بعض الحقوق وتمليك في بعضها الآخر. راجع للتفصيل «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣١٤، ٣١٥، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص١٧١. «مجلة الأحكام العدلية» المادة ١٥٣٦، ص ٢٩٨، «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٧٧.

(٤) وفي (ج) و (د): "فلا يجوز".

(٥) أشار إليه العلامة ابن عابدين بقوله: "إن صحّة الإبراء تعتمد الوجوب أو قيام سبب الوجوب" انظر «حاشية ابن عابدين» ٢/ ٥٦٦.

موجب الجناية بعد الجرح، والإبراء لايستدعي ملكا كاملا.

ألاترى أن العبد المأذون [1] والوكيل بالبيع، يملكون الحطّ بسبب العيب مع أنهما لايملكان شيئا بذلك السبب [2]، بخلاف ما لو كان الخيار للبائع، فأعتقه المشتري حيث لايصحّ، لأن الإعتاق يعتمد ملكا كاملا وسببا تاما.

ولو كان الخيار للبائع، فأبرأ المشتري عن الثمن، روى هشام عن محمد أنه يصحّ إبراءه، ويكون إجازة للبيع [3]؛ لأنه يملك الإجازة، فيجعل إبراءه إجازة؛ ليكون إبراءً بعد الوجوب.

ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: لو كان الخيار للبائع، فقبض الثمن بإذن المشتري [4]، أو قبض المشتري المبيع بإذن البائع، لايكون إسقاطا للخيار في أصحّ الروايتين.

وأما الفصل الرابع، وهو تفريق الصفقة في البيع الموقوف:

فهو على وجوه ثلاثة: إما إن كان البيع بين ثلاثة نفَر، أو كان بين رجلين، أو كان لواحد.

أما الأوّل: عبد بين ثلاثة، قال أحدهم لرجل: إن هذا العبد بيني، وبين فلان وفلان

---

(١) زاد هنا في (ج) و (د): "والمكاتب".

(٢) كذا ثبت في الأصل، وجاءت العبارة في (ج) و (د): "مع عدم الملك ونقصانه".

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "للبائع"، وهو خطأ.

(٤) قوله: "الثمن بإذن المشتري" ساقط من الأصل.

أثلاثا، وأنا أبيعكم بكذا، وهما غائبان، لم يأمراني بذلك، لعلهما يجيزان إذا علما، فاشتراه على ذلك، ونقد الثمن، وقبضه، ثم حضر الغائبان، فلم يجيزا، فإن نصيب البائع يلزم المشتري، لأن البيع انعقد نافذا في نصيب البائع، وتوقّف في نصيب الغائبين، فكانت الصفقة متفرقة، وصار المشتري راضيا بتفريق الصفقة، فيلزمه نصيب البائع، كما لو اشترى نصيبه بصفقة على حدة.

ولو أجاز أحد الغائبين، وأبى الآخر، لزم المشتري نصيبه، ولا يتخيّر في قول محمد، وعلى قول أبي يوسف يتخيّر، لما نذكر بعد هذا.

ولو كان العبد لرجلين، فقال رجل: إنّ هذا العبد بين فلان وفلان نصفان، وأنا أبيعكه بكذا، ولم يأمراني بذلك، لعلهما يجيزان، فاشترى، ثم أجاز أحدهما [دون الآخر][1]، يتخيّر المشتري في قول أبي يوسف، وقال محمد: لايتخيّر.

وجه قول محمد: أنه لما اشتراه مع علمه أن أحدهما ينفرد بالإجازة، صار راضيا بالتفريق، كرجلين اشتريا شيئا على أنهما بالخيار، فردّ أحدهما بعد القبض بخيار [رؤية][2] أو شرط أو عيب، صحّ بلا خلاف بيننا، كذلك هنا.

ولأبي يوسف: أن الصفقة وقعت جملةً بصفة التوقف، فإذا تفرقّت، يخيّر، بخلاف الوجه الأوّل، لأن ثمّة لما نفذ في نصيب البائع، وتوقّف في نصيب الغائبين، وقعت متفرقة، حتى أنه لما توقّف في نصيب الغائبين، صار نصيبهما جملةً بمنزلة عبد آخر،

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، و ثبوته أصح.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

فإذا أجاز أحدهما، وأبى الآخر، يخيّر، بخلاف مسألة المشتريين، لأن ضرر التفريق حصل برضى البائع وتسليطه، حيث أثبت الخيار لهما مع احتمال أن يجيز أحدهما دون الآخر، أما هنا بخلافه.

ولو كان العبد لواحد، فقال رجل: إنّ هذا العبد لفلان، وأنا أبيعكه بكذا، لعله يجيزه، واشتراه، ثم أجاز المالك البيع في النصف، يخيّر المشتري، لأن الصفقة وقعت مجتمعةً، والظاهر من حال المالك عدم التفريق، فلم يكن المشتري راضيا بالتفريق.

ـ والله تعالى أعلم ـ

باب النصرانيّ يُسلِم وله خمر فيأمر نصرانيًا ببيعها ما يجوز من ذلك وما لايجوز

ذكر محمد رحمه الله في الباب فصولا أربعة:

التوكيل ببيع الخمر وشراءها، والموكّل مسلم أو نصرانيّ.

والثاني: المسلم إذا أذن لعبده النصراني في التجارة، فاشتري الخمر.

والثالث: التوكيل بشراء ما باع بأقلّ مما باع قبل نقد الثمن.

والرابع: المسلم إذا وكل نصرانيا بشراء عبد بخمر بغير عينها.

وبني الباب على أن شرط صحة التوكيل بالمعاوضة في قول أبي حنيفة أهلية الوكيل للتصرف المأمور به[1]، وأهلية الموكل لحكم التصرف[2]، ولايعتبر أهلية الموكل للتصرف المأمور به.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٠، «فتح القدير» ٧/ ٤٦٤، ٤٧٣. و«مجلة الأحكام العدلية» مادة: ١٤٥٨، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١١/ ٥٤٤.

(٢) قال الكاساني موجّها لهذا الضابط: لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لايملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره. راجع: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٠، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٦١، «مجلة الأحكام العدلية» مادة: ١٤٥٧، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١١/ ٥٤٤.

وقال أبي يوسف ومحمد[1]: يعتبر أهلية الوكيل والموكل جميعا للتصرف المأمور به[2].

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما، على قول أبي يوسف، إذا وكّله بشراء شيء لو باشره الموكل بنفسه، كان فاسدا وباطلا، ولو اشتراه الوكيل لنفسه، كان جائزا بجعل الوكيل مشتريا لنفسه، ترجيحا للجواز على الفساد.

وعلي قول محمد: عقد الوكيل كعقد الموكل، كأنه باشره بنفسه، إن كان فاسدا من الموكل يكون فاسدا من الوكيل، وما لا يملكه بعقد نفسه لا يملكه بعقد الوكيل[3].

لأبي يوسف ومحمد: أنّ التوكيل تفويض، وإقامة الوكيل مقام نفسه، ولهذا لو قال لغيره: فوّضت بيع عبدي إليك بكذا، كان توكيلا، فلا يملك التوكيل بما لا يملك بنفسه.

ألا ترى أن المسلم إذا وكل مجوسيا ليزوّجه امرأةً مجوسيّة، لا يصح، وكذا المسلم إذا وكل نصرانيا ليكاتب عبده النصراني على خمر، لا يصح، لأنه لا يملك ذلك بنفسه، فلا يملك التوكيل.

ولأبي حنيفة رحمه الله[4] أن الوكيل بالمعاوضة متصرّف بطريق الأصالة، ولهذا ترجع إليه الحقوق، ويستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، وأثر التوكيل في نفاذ تصرفه

(١) وفي (ج) و (د): "وعند أبي يوسف ومحمد".

(٢) انظر «فتح القدير» ٧/ ٤٧٣.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ٣١.

(٤) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

على الموكل، وثبوت حكم تصرفه له، فيعتبر لصحة التوكيل أهلية الوكيل للتصرف، وأهلية الموكل لحكم ذلك التصرف.

وما قالا: بأن التوكيل تفويض وإنابة[1]، فليس كذلك، بل الوكيل كان مالكا للتصرف قبل التوكيل.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

نصراني أسلم، وله خمر، فوكّل نصرانيا ببيعها، فباع الوكيل، فالثمن للموكل، يتصدق به، ولايجبر عليه.

وكذا لو وكل مسلم نصرانيا بشراء خمر، فاشترى، لزم الأمر، ويخلّلها، وهذا قول أبي حنيفة[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: [التوكيل][3] باطل، والشراء لازم للوكيل.

ولو وكل نصراني مسلما بذلك، ففعل، كان باطلا بالإجماع.

لهما: أنّ المسلم لايملك بيع الخمر ولا شراءها، فلا يملك التوكيل به.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الوكيل أهل لهذا التصرف، والمسلم الموكل أهل لثبوت

---

(١) وفي الأصل: "وإقامة"، والمثبت من (ج) و (د).

(٢) قال السرخسي رحمه الله: جاز في قول أبي حنيفة، لأن العاقد نصراني، ولم يجز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأن من وقع له العقد مسلم. «المبسوط» ١٣/١٣٨.

(٣) ما بين المعكوفتين أثبت من (ج) و (د)، وهو ما يقتضيه سوق الكلام، وفي الأصل: "البيع باطل"، وهو خطأ.

حكم هذا التصرف، وهو ملك الخمر لا بعقد باشره، ألا تري أنه يملك بالميراث، ويملك بشراء عبده المأذون النصراني، فيملك بشراء الوكيل.

وإذا صح بيع الوكيل، قال: أحب إلى أن يتصدق بالثمن، لأنه ثمن الخمر، وقد قال عليه السلام: «إن الذي حرّم شُربَها حرّم بيعَها، وأكلَ ثمنها»[1] فكان خبيثا، فيتصدّق

---

(١) حديث صحيح، أخرجه الإمام مسلم عن عبد الرحمن بن وَعلَة ـ رجل من أهل مصر ـ: أنه سأل عبد الله بن عباس عمّا يُعصَرُ من العنب؟ فقال ابن عباس: "إن رجلا أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راويةَ خمرٍ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل علمتَ أن اللهَ قد حرّمها؟ قال: لا، فسارّ إنسانا، فقال له رسول الله ﷺ: بِمَ سارَرتَه؟ فقال: أمرتُه ببَيعها، فقال: «إن الذي حرّم شُربَها حرّم بَيعَها» قال: ففتح المزادَ حتى ذهب ما فيها. كتاب البيوع، باب تحريم بيع الخمر، الحديث ٤٠٢٠.

وأخرجه النسائي في كتاب البيوع، باب بيع الخمر، الحديث ٤٦٧٨، وأخرجه الإمام مالك في الموطأ ٢/ ٨٤٦، ومن طريقه الإمام الشافعي ١/ ١٤٠، وابن حبان الحديث ٤٩٤٢، والبغوي الحديث ٢٠٤٢، والبيهقي ٦/ ١١، كلهم عن زيد بن أسلم عن ابن وعلة.

ولم أجد في ألفاظ هذا الحديث: «وأكلَ ثمنها» وفي الباب حديث آخر نصّ عليه بذلك، فقد أخرج الإمام أحمد في مسنده عن نافع بن كسان أن أباه أخبره: «أنه كان يتّجر بالخمر في زمن النبي ﷺ، وأنه أقبل من الشام ومعه خمر في الزقاق يريد بها التجارة، فأتى رسول الله ﷺ فقال: يارسول الله إني جئتك بشراب جيّد، فقال رسول الله ﷺ: ياكيسان إنها قد حرمت بعدك، قال: أفأبيعها يارسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: إنها قد حرمت وحرم ثمنها، فانطلق كيسان إلى الزقاق فأخذ بأرجلها ثم أهراقها» الحديث ١٨٤٨١.

[به][1]، إلا أنه لايجبر عليه، لأنه محض حق الله تعالى، لاحق للعبد فيه، فلا يجري فيه الجبر، كالنذور والكفارات.

وفي التوكيل بشراء الخمر يملك الخمر، ويخلّلها، لأنه ممنوع عن الانتفاع بعينها، فكان له أن يتصرف فيه على وجه يتوصّل به إلى الانتفاع، كما لو ورث خمرا، أو تخمّر عصيره، وعليه الثمن يدفعه إلى الوكيل، لأن الملك انتقل إليه من جهته، فيلزم البدل، كما لو اشتري مورثه.

الفصل الثاني:

مسلم أذن لعبده النصراني في التجارة، فاشترى الخمر، وباع، جاز ذلك بالإجماع، وبهذا الفصل احتجّ عليهما أبو حنيفة رحمه الله.

وهما فرّقا فقالا: بأن الإذن فكّ الحجر، وليس بإنابة، والعبد يتصرّف بجهة الأصالة[2]، ولهذا لايرجع بالعهدة على المولى حتي يطالب، ويؤاخذ به بعد العتق. ولو أدي الثمن من ماله بعد العتق، لايرجع بذلك[3] على المولي.

وكذا لو أذن له في التجارة، ونهاه عن التصرف في الخمر، لايصحّ نهيه. ولو كان وكيلا، يصح نهيه، ويرجع عليه بالعهدة، فثبت أن الإذن فكّ، وليس بإنابة، فيعتبر فيه

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "بحكم الأصالة".

(٣) وفي (ج) و (د): "لايرجع به".

حال العبد لا حال المولي، حتي لو كان بجهة النيابة[1] بأن قال لعبده المأذون: بع خمري، أو قال: اشتر لي خمرا، كان على الخلاف.

وكذا لو وهب نصراني لهذا[2] العبد خمرا، وقبضه، صحّ، ويصير ملكا لمولاه، وكذا لو كان العبد محجورا، لأن العبد[3] المحجور يملك قبول الهبة.

ولو أن نصرانيا وهب لمسلم خمرا، فقبله، وقبض، كان باطلا، وكذا لو وكل نصرانيا بقبض الهبة، لأن العقد وقع باطلا، والقبض بناء عليه. هما احتجّا على أبي حنيفة بهذا الفصل.

وأبو حنيفة فرّق بين الوكيل بقبول الهبة، وبين الوكيل بالشراء، فقال: الوكيل بالشراء عاقد لنفسه في حق الحقوق، ولهذا[4] يؤاخذ بالعهدة[5]، ويستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، أما التوكيل بقبول الهبة، لاتصح إلا على وجه الرسالة، فكان لهذا العقد حقوق تتعلق بالعاقد، فكان رسولا محضا، والكافر لايصلح رسولا عن المسلم في هذا الباب.

(١) كذا ثبت في (ج) و (د)، وفي الأصل: "على جهة النيابة".

(٢) وفي (ج) و (د): "هذا العبد"، بسقوط اللام، وهو خطأ.

(٣) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "فلهذا".

(٥) أي الوكيل يتحمّل المسئولية، ويلتزم بحقوق العقد. انظر «الفروق» للكرابيسي ٢/ ٢٢٢.

وكذا لو وكل المسلم نصرانيا بأن يكاتب عبده النصراني على خمر، لم يجز[(١)] في قولهم، لأن الوكيل بالكتابة سفير لاترجع إليه الحقوق[(٢)]، وهو بمنزلة الوكيل بالنكاح.

الفصل الثالث:

رجل باع عبدا بألف إلى سنة، وسلّم، ثم وكل رجلا بأن يشتريه[(٣)] له بخمسمائة حالّة، ففعل، صحّ ذلك في قول أبي حنيفة، ويملكه الموكل ملكا جائزا، لأن عنده: المعتبر حال العاقد لاحال الآمر.

وعند أبي يوسف: التوكيل باطل، ويكون[(٤)] مشتريا لنفسه، لأنه لاوجه أن يملكه الموكل ملكا جائزا عندهما، لأن عندهما ما لايملكه الموكل بعقد نفسه، لايملكه بعقد الوكيل، فيجعل[(٥)] مشتريا لنفسه تحرّيا للجواز.

وعند محمد رحمه الله: يملكه الآمر ملكا فاسدا إذا قبض وكيله، لأنه لو اشتراه بنفسه يملكه ملكا فاسدا، فكذا إذا اشتراه وكيله، لأن التوكيل كما يكون بالجائز، يكون بالفاسد، كما لو وكل إنسانا بشراء عبد بألف [درهم][(٦)] إلى العطاء، فاشتراه بألف إلى

---

(١) وفي (ج) و (د): "لم تجز"، وهو خطأ.

(٢) العبارة في (ج) و (د): "لاترجع الحقوق إليه".

(٣) في الأصل: "بأن يشتري"، وما أثبت من (ج) و (د)، وهو أصح.

(٤) وفي (ج) و (د): "ويصير".

(٥) وفي (ج) و (د): "فيصير".

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

العطاء، يجعل[1] مشتريا للآمر، بخلاف المسلم إذا وكل نصرانيا بشراء الخمر، فاشترى، فإن العقد يكون للوكيل، ولايكون للموكل عنده، لأن ثمّة لو فعل الموكل بنفسه، كان باطلا لايملكه، فلا يصح التوكيل به، أما هنا بخلافه.

وأبو يوسف يقول: في التوكيل بالشراء إلى العطاء تعذّر تجويزه، لأنه لو وقع للآمر أو للوكيل، يقع فاسدا، فيقع[2] للآمر. أما ههنا لو وقع للوكيل، يكون جائزا، ولو دفع للآمر، يكون فاسدا، فيجعل واقعا للوكيل.

وإذا صار مشتريا للآمر، عند محمد لايملكه إلا بالقبض، وإذا قبضه الوكيل، يملكه الموكل بالقيمة، حتي لو أعتقه الموكل نفذ إعتاقه، فكان عليه قيمته، يدفعها إلى الوكيل، ثم يدفعها الوكيل إلى البائع، ولا يتصدّق الآمر بشيء، وإن كانت القيمة أقلّ من ألف درهم، لأن ردّ القيمة كردّ العبد. ولو رد العبد لايتصدق بشيء، فكذا إذا ردّ القيمة.

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يتصدق الموكل بخمسمائة، لأنه ربح حصل لاعلى ضمانه، فيتصدق به، كما قال في مسألة أول الباب: إنه يتصدّق بثمن الخمر.

الفصل الرابع:

مسلم وكل نصرانيا بأن يشتري له عبدا بألف رطل[3] من خمر وسَط بغير عينها، فاشترى، صح في قول أبي حنيفة رحمه الله، ويجب للبائع على الوكيل عين الخمر، لأنه

(١) وفي (ج) و (د): "يكون".

(٢) وفي (ج) و (د): "فوقع".

(٣) في (ج) و (د): "بألف ورطل"، وما ثبت في الأصل أصح.

من أهل وجوب الخمر، ويرجع الوكيل[1] على الموكل بقيمة الخمر، لأن الموكل ممنوع عن تمليك الخمر، وعن أداء عينها، لأنه تمليك، فكان عليه القيمة.

كما لو استقرض نصراني من نصراني خمرا، ثم أسلم المستقرض قبل القبض[2]، كان عليه قيمتها، وكما في الغصب.

وعند محمد رحمه الله: العقد وقع للموكل بصفة الفساد، كما لو اشتراه الموكل بنفسه، فيكون مضمونا بالقيمة، فتجب القيمة للبائع على الوكيل، ثم يرجع الوكيل بها على الموكل[3].

[وعند أبي يوسف يصير مشتريا لنفسه.][4]

- والله أعلم بالصواب -

---

(١) "الوكيل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) لعلّ المراد - والله أعلم - أن المستقرض أسلم قبل سَداد القرضَ للدائن، وبه يستقيم المعنى.

(٣) العبارة في (ج) و (د): "يرجع بها الوكيل على الموكل".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

كتاب الشفعة[1]

باب الشفعة التي تكون بمنزلة الاستحقاق وغير ذلك

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أنّ الاستحقاق بحق سابق على العقد يُبطل العقد، لأن ملك المستحق إذا تقدم على العقد، كان العقد واردا على ملك الغير، فيبطل بردّه.

والثاني: أن الشفيع مقدّم على المشتري، فيتقدّم على من قام مقام المشتري.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل اشترى من رجل دارا، وقبضها، أو لم يقبضها، ثم جاء رجل، وادّعى أنّ الدار له، فصالحه المشتري من غير إقرار على خمسمائة درهم، فهو جائز، لما عرف من جواز الصلح على الإنكار عندنا[2].

(١) الشفعة لغة: الضم، وفي الشرع هي كما عرّفها الجرجاني بقوله: "تملّك البقعة جبرا بما قام على المشتري بالشركة والجوار". «التعريفات» ص ١٦٨، وفي المجلة: هي تملّك الملك المشترَى بمقدار الثمن الذي قام به على المشتري. (مادة: ٩٥٠)، والشفيع: هو من كان له حق الشفعة. (مادة: ٩٥١)، والمشفوع: هو العقار الذي تعلق بهحق الشفعة. (مادة: ٩٥٢)، والمشفوع به: هو ملك الشفيع الذي كان به الشفعةُ. (مادة: ٩٥٣).

(٢) انظر «تكملة فتح القدير» ٩/ ٤١٧، «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦٠.

فإن حضر الشفيع[١]، وأخذها بقضاء القاضي، بطل الصلح، وكان للمشتري أن يرجع على المصالح ببدل الصلح، لأن الشفيع استحقّ الدار بحق سابق على الصلح، فبطل الصلح، لأن الصلح على الإنكار بَيع في حق المدّعي.

ولو باعها حقيقة، ثم أخذها الشفيع بالبيع الأول، يبطل البيع الثاني، وكذا لو استحقها ببينة أقامها على الملك، أو أقرّ المصالح ببطلان الصلح، فكذلك هنا، ولأن القاضي لما قضى للشفيع بالشفعة، فقد قضى بصحة ذلك البيع، لأن الشفعة إنما تستحق بالعقد الجائز، فكان من ضرورته بطلا ن الصلح.

وإن أخذها الشفيع بالشفعة بالتراضي، لا بقضاء قاض، لم يرجع المشتري على المصالح بشيء، لأن أخذ الشفيع[٢] بغير قضاء بمنزلة البيع الجديد في حق المصالح، فلا يظهر بطلان الصلح.

ولو لم يدع الدار أحد، ولكن المشتري زاد البائع في الثمن خمسين دينارا، جازت الزيادة، وكان للشفيع أن يأخذها بالثمن الأول من غير زيادة[٣]، لأن حق الشفعة بالثمن الأول كان ثابتا قبل الزيادة، فلا يبطل بفعل المشتري[٤].

---

(١) وفي (ج) و (د): "الشفيع" بالألف واللام.

(٢) وجاء في (ج) و (د): "الأخذ بغير قضاء".

(٣) وقد علّل له شمس الدين أحمد في التكملة بقوله: لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع، لاستحقاقه الأخذ بما دونها. «تكملة فتح القدير» ٩/٤٠٤.

(٤) فاذا زاد البائعَ المشترى في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدارَ بالثمن الاول، لأنه قداستحق أخذها بالثمن الأول قبل الزيادة، والمشتري لا يملك ابطال الحق الثابت له، فلا يملك غيره أيضا

بخلا ف ما لو حطّ عن الثمن شيئا، حيث يظهر ذلك في حق الشفيع[1]، لأن فيه توفير المنفعة على الشفيع، لا إبطال حقّ عليه.

ثم المشتري يرجع على البائع بالزيادة، لأن الشفيع استحق الدار بسبب سابق على الزيادة.

ولو زاد في الثمن بعد الاستحقاق، لا تصح الزيادة، لأنها لا تأخذ قسطا من المعقود عليه، فكذلك هنا، ولأن المشتري إنما زاد في الثمن ليسلم له المبيع، ويكون لها قسط من المعقود عليه، فإذا لم يسلم له الدار، يرجع بالزيادة، سواء أخذها الشفيع بقضاء أو بغير قضاء.

فرّق بين هذا [وبين الصلح، فإن ثمّة][2] إذا أخذها الشفيع بقضاء، يرجع ببدل الصلح، وإن[3] أخذها بغير قضاء لا يرجع، وهنا يرجع بالزيادة على كل حال.

يُوضحه أن بهذه الزيادة يُلزم نفسه شيئا للبائع، ويُلزم الشفيعَ مثل ذلك، وله الولاية على نفسه دون الشفيع، فيعمل التزامه في حقه، ولا يعمل في حق الشفيع. راجع «المبسوط» ١٤/ ١٠٨.

(١) هذه المسألة تتفرّع على أصل ذكره الإمام السرخسي بأن الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد عندنا، فاذا كان الحط يلتحق بأصل العقد، فالمحطوط خرج من أن يكون ثمنا، وإنما ثمن الدار ما بقي، فيأخذه الشفيع بذلك، فلو كان الشفيع أخذها بألف، ثم حطّ البائع عن المشترى تسعمائة، فإنه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا، حتى يرجع بذلك القدر على المشتري، لأنه ظهر منه أنه أخذ منه فوق حقه. انظر «المبسوط» ١٤/ ١٠٧، و«تكملة فتح القدير» ٩/ ٤٠٤، و«ردّ المحتار» ٥/ ١٤٦.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) : وإذا.

والفرق أنّ في مسألة[١] الصلح المدّعي منكرِ حق الشفعة بالبيع، ويزعم أن البيع كان باطلا، إلا أن أخذ الشفيع إذا كان بقضاء القاضي[٢]، يصير مكذّبا فيما زعم، فيبطل زعمه، وإذا كان بغير قضاء لا يبطل زعمه، فبقيت الدار سالمة للمشتري في زعم المصالح، أما هنا: استحقاق الشفيع ثابت في زعم البائع والمشتري جميعا، فيستوي فيه القضاء، وعدمه[٣].

رجل اشترى دارا، وهو ورجل[٤] آخر شفيعها، ثم وهبها المشتري من رجل، وسلّمها إلى الموهوب له، ثم حضر الشفيع، كان له أن يأخذ نصفها من الموهوب له[٥]، لأن الموهوب له قائم مقام المشتري.

ولو حضر الشفيع قبل الهبة، كان له أن يأخذ نصفها، لما عرف في الأصل، فكذلك بعد الهبة، لأن الواهب لا يملك إبطال حق الشفيع، وإذا أخذ الشفيع نصفها، بطلت الهبة في الباقي، لأن حق الشفعة يثبت عند زوال ملك البائع قبل ثبوت ملك المشتري، حتى لو اشترى دارا بشرط الخيار، ثبت للشفيع حق الشفعة، وإن لم يملكها المشتري في قول أبي حنيفة، فتصير هذه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، فتبطل ذكر هذه المسألة على وجه الاستشهاد، لبيان أن الأخذ بالشفعة استحقاق بحق سابق على المشتري.

---

(١) "مسألة" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أولى.

(٢) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "وعدم القضاء"، وما ثبت أصح.

(٤) "رجل" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أولى.

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٧٦.

وقد قال بعض مشايخنا: إذا اشترى جزءا من دار، ثم اشترى الباقي احتيالا للشفعة، كان للشفيع أن يأخذ الكل[1]، استدلالا بهذه المسألة، لأنه أخذ الجزء الأول بحق سابق، فيصير شريكا في الدار، وهو خلاف ظاهر الرواية.

وهذا بخلاف ما إذا وهب المريض دارا لرجل، وسلّمها إليه، ثم نقضت الهبة بعد موته في الثلثين لحق الورثة، لا تبطل الهبة[2] في الباقي.

وكذا[3] لو وهب دارا لرجل وسلم، ثم رجع في نصفها، لا تبطل الهبة في الباقي، لأن ذلك شيوع طارئ.

أما في مسألة المريض: فلأن ذلك استحقاق بحق متأخّر عن الهبة، لأن سبب استحقاق الورثة الميراث، والإرث يكون بعد الموت، ولهذا لو أجازوا الهبة قبل الموت، لا تعمل إجازتهم، وأثر المرض في الحجر عن التصرفات المبطلة للميراث[4].

وبخلاف الرجوع في الهبة، لأن الواهب ما استحقّ النصف بحق سابق على الهبة، لأن حق الرجوع يثبت بالهبة، فيتأخر عنها، ولا يسبقها، فكان شيوعا طارئا.

رجل شهد لرجل بدار في يد رجل، فلم يقبل القاضي[5] شهادته حتى اشتراها، ولها شفيع، فالشفيع أحق من المشهود له، لأن إقرار المشتري إنما ينفذ في ملكه، لا في

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/١٧٦.

(٢) "الهبة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "وكذا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) أي: أن أثر مرض الموت في الحجر عن التصرفات المبطلة للميراث ظاهر عند الفقهاء.

(٥) وفي (ج) و (د): "فلم تقبل شهادته".

ملك غيره، فكان مؤخرا عن ثبوت الملك له، وحق الشفيع يثبت بزوال ملك البائع قبل ثبوت ملك المشتري، فكان حق الشفيع سابقا على حق المقرّ له.

ألا تري أن الشفيع مقدّم على المشتري، فيكون مقدّما على من يستحق من جهة المشتري.

ثم ينظر: إن كان المشتري لم يقبض الدار، وأخذها الشفيع من البائع، لم يضمن المشتري قيمة الدار للمقرّ له، لأنه لم يغصب الدار، فلا يضمن[١].

وإن كان المشتري قبض الدار، فأخذها الشفيع منه، ضمن قيمة الدار للمقرّ له على قول من يرى الضمان بغصب الدار والعقار، وهو قول محمد[٢] والشافعي[٣]، لأن في زعم المشتري أنه كان غاصبا، وأخذ الشفيع منه بقضاء القاضي بمنزلة الهلاك، فيضمن.

---

(١) انظر «البحر الرائق» ٨/ ١٤٧.

(٢) لايضمن غاصب الدار والعقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إذا هلك المغصوب في يده بآفة سماوية، كغلبة سيل، ويضمن عند محمد رحمه الله، والفتوى في غصب اعقار والدور الموقوفة على قول محمد بوجوب الضمان، وقيّدنا كون الهلاك بآفة سماوية، لأنه لوكان بفعله يضمن اتفاقا، وإلى هذا أشار القدوري بقوله: "وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا"، لأنه إتلاف، والعقار يضمن به. يراجع للتفصيل: «القدوري مع الباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٠٦، «المبسوط» ١١/ ٧٦، «الدر المختار» ٦/ ١٨٦، «الهداية» ٤/ ١٣.

(٣) انظر: «الأم» ٣/ ٢٤٩، «المهذب» للشيرازي ١/ ٣٧٨، «الوجيز» ١/ ٢٠٦، «رؤوس المسائل الخلافية» للزمخشري، ٣٥٥.

والمذهب عند الحنابلة أنه يضمن العقار بالغصب. راجع «الإنصاف» ٦/ ١٢٣، «المغني» ٥/ ٢٤١.

هذا إذا اشتراها لنفسه، وإن اشتراها لغيره، وليس لها شفيع، كان الموكل أحقّ بها من المقرّ له، لأن الموكل أحق من المشتري، فيكون أحق ممن يستحق من جهة المشتري، فإذا أخذها الموكل، فحكم الضمان على المشتري يكون على التفصيل الذي ذكرنا في حق الشفيع.

وذكر في «الأمالي» عن أبي يوسف: رجل أقرّ بعبد في يد رجل أنه لفلان آخر، ثم قال: إن اشتريته فهو حرّ، ثم اشتراه، فهو للمقرّ له، ولا ينزل العتق، لأن العتق إنما ينزل في ملك المشتري بعد التقرّر، وإقراره ينفذ قبل ذلك.

وذكر فيه أيضا: لو أقرّ بعبد في يد رجل أنه حر، ثم اشتراه لغيره، فهو للآمر، ولا يعتق، لأن شراءه يوجب الملك للموكل دون الوكيل، فلا ينفذ إقراره في ملك الآمر.

وذكر فيه أيضا: لو أقرّ بعبد في يد إنسان أنه لفلان آخر، ثم أقرّ أنه حر الأصل، أو أقرّ أوّلا أنه حر، ثم أقرّ أنه لفلان، ثم اشتراه لنفسه، قال بجواز الإقرار الأول، أيّهما كان، لأن الإقرارين قائمان عند الشراء لمكان الإصرار، فبعد ما اشترى يصير كأنه أقرّ، ثم أقرّ، فنفذ الأول.

ثم رجعنا إلى مسألة الكتاب، قال: فلو أنّ الشاهد اشتراها لنفسه، ولها شفيع غائب، فحضر المقرّ له، كان له أن يأخذها، لأن حقه ثابت، وحق الشفيع موهوم، عسى يأخذ، وعسى لا يأخذ، فلا يؤخر.

فإن كان الشاهد حين اشتراها لنفسه، اشتراها من المقرّ له ثانيا، ثم حضر الشفيع، فإن أخذها بالبيع بقضاء قاضٍ، انتقض البيع الثاني، ويصير كأنّ المشتري لم يشتر من المقرّ له، لأنه استحق الدار بحق سابق على البيع الثاني، فيبطل البيع الثاني، ويرجع المشتري

بالثمن على المقرّ له، لأن المبيع لم يسلم للمشتري من جهته، فيرجع بالثمن، ويضمن المشتري قيمة الدار للمقرّ له إن كان قبضها، ويتقاصّان الثمن، ويترادّان الفضل.

وإن أخذها الشفيع بالبيع الثاني، تمّ البيع بينه وبين المقرّ له، فلا يرجع بالثمن على المقرّ له[1].

وكذا لو أخذها الشفيع بالبيع الأول بغير قضاء، لا يبطل البيع الثاني، لأن تراضيهما على ذلك في المقرّ له بمنزلة البيع المبتدأ.

وكذا لو سلّم المشتري الدار إلى المقرّ له، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذها، لأنه مقدّم على المشتري، فيكون مقدماً على المقرّ له، فإن أخذها الشفيع بقضاء قاض، يضمن المقرّ للمقرّ له قيمة الدار عند محمد، لأن الشفيع استحقها بحق متقدم على القبض، فانتقض التسليم، وصار كأن الشفيع أخذها من يد المشتري، وهناك يضمن المقرّ، فكذلك هنا.

فإن قيل: الشفيع أخذ الدار بحق سابق على قبض المشتري، فوجب أن ينتقض به قبض المشتري فلا يضمن.

قلنا: للشفيع أن ينقض كل تصرف باشَره المشتري إلا القبض، ولهذا لو أرّاد أن ينقض قبض المشتري[2] حتى يأخذها من البائع، لتكون العهدة له على البائع، لا يمكن من ذلك، لأن القبض متمّم للبيع، فكما لا يملك نقض البيع، لا يملك نقض ما كان متمّما له، وإذا بقي قبض المشتري، كان ضامنا في قول محمد.

(١) انظر: «البحر الرائق» ٨/ ١٤٧، و«ردّ المحتار» ٥/ ١٤٧.

(٢) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

ولو اشترى الدار رجل غير الشاهد، وقبَضها، ثم باعها من الشاهد وسلم، ثم حضر الشفيع، كان له أن يأخذ بأيّ البيعين شاء، لما عرف.

فإن أخذها بالبيع الأول، انتقض البيع الثاني، ولا يضمن المقرّ قيمتها للمقرّ له في قول محمد، لأن القاضي حين قضى بالشفعة بالبيع الأول، نقَض قبض الشاهد، وردّها إلى المشتري الأول، والغاصب إذا ردّ المغصوب على مَن أخذ منه، برِئ عن الضمان.

وإن أخذها الشفيع بالعقد الثاني، ضمن المقرّ للمقرّ له قيمة الدار عند محمد، لأن قبض الشاهد قد تقرّر، فتقرّر سبب الضمان.

قال: رجل أسر العدوُّ عبدا له، فاشتراه رجل منهم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فأقرّ هذا المشتري أنّ هذا العبد كان لفلان قبل الأسر، وصدّقه فلان في ذلك، وكذّبه المولى المعروف، فإن المولى المعروف أحقّ به[1]، ولا يصدّق المقرّ على إبطال حق المالك المعروف، لأن المولى المعروف مقدّم على المشتري، فيكون مقدما على من تلقّى الملك منه، ولا ضمان على المقرّ، لأنه إن كان صادقا فيما قال، فقد زال ملك المقرّ له بالأسر، وملكه المشتري، فلم يكن المشتري غاصبا لملكه، فلا يكون ضامنا

وإن قال المشتري: العبد كان لفلان، وإنه دبّره قبل أن يؤسر، وكذّبه المولى المعروف، فلا سبيل للمولى المعروف عليه، لأنه زعَم أن ملكه زال بالأسر، وملكه المشتري، فإذا أقرّ بما لا يحتمل النقض، نفَذ إقراره، كما لو دبّره بنفسه، فيبطل حق المالك القديم.

ثم ينظر إن صدّقه المقرّ له في ذلك، أخذه مدبّرا لتصادقهما على ذلك، وإن كذّبه في

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦٤.

الملك والتدبير، فهو مدبرٌ موقوف، لا سبيل لأحد عليه، لأن المقرّ يزعم أنه مدبّر الغير، والمقرّ له يزعم أن المشتري ملكه، فإذا أقرّ بالتدبير، نفذ إقراره عليه، كأنه دبّره.

فإن مات المقرّ له عتق العبد، لأن المقرّ لو كان صادقا، فهو مدبّر مات مولاه، فيعتق، ولو كان كاذبا، ففي زعمه أن عتقه، كان معلقا بموت المقرّ له، وقد وجد الشرط فيعتق. وكذا إذا صدّقه المقرّ له في الملك، وكذّبه في التدبير، كان مدبرا موقوفا، لا سبيل لأحد عليه.

أما المولى المعروف، والمقرّ له، فلما قلنا: إن كل واحد منهما يزعم أنّ المشتري ملكه، وإقراره بالتدبير نفذ في حقه، كأنه باشره، وولاءه موقوف، لأن كل واحد منهما ينفي الولاء عن نفسه.

فإن عاد المقرّ له إلى تصديقه، أخذه مدبرا، لأن المشتري أقرّ له بالولاء، ولم يبطل ذلك بالتكذيب، لأن سبب الولاء لا يحتمل النقض، فيوقّف، فإذا رجع إلى تصديقه، صحّ تصديقه.

فإن جنى هذا العبد جنايةً قبل موت المقرّ له وقبل التصديق، فحكمُ جنايته موقوف في القياس، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله[1].

وفي الاستحسان وهو قولهما[2] يسعى في الأقل من قيمته، ومن أرش الجناية.

وجه الاستحسان: أن موجب جناية المدبر قيمته على المولى، وكسبه مال المولى،

(١) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "وهو صاحبيه"، وما أثبت أصح، أي قول صاحبيه أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

فإذا قضينا بموجب جنايته في كسبه، كان قضاء على المولى منهما أيهما كان.

وجه القياس: أنّ استيفاء الأرش من السعاية يعتمد صحة القضاء، وجهالة المقضي عليه تمنع صحة القضاء، فوجَب القول بالتوقف إلى أن يظهر المخاطب، فإن جنى عليه، فالأرش موقوف إلى أن يظهر المستحق.

فإن احتاج العبد إلى النفقة، ينفق عليه من أرش الجناية، لأنه مال مولاه، فإن لم يكن فمن كسبه، فإن لم يكن فمن بيت المال، فإن لم يكن يتصدق عليه كالحر المعسر، إذا عجز عن الكسب يتصدّق عليه.

وكذلك رجل اشترى عبدا شراء فاسدا، وقبضه، ثم أقرّ أنه عبد فلان قد دبّره، ينقطع حق البائع في الاسترداد[1]، لأنه أقرّ في ملكه بما لا يحتمل النقض، فنفذ عليه، كما لو أنشأ.

ثم ينظر: إن صدّقه فلان في الملك والتدبير، يأخذه مدبرا لتصادقهما عليه، وإن صدّقه في الملك، وكذّبه في التدبير، أخذه عبدا، بخلاف ما تقدم؛ لأن فيما تقدم لما كذّبه في التدبير يكون العبد مملوكا له في زعم المقرّ له، فينفذ إقراره في ملكه.

أما في البيع الفاسد المقرّ له يُنكر ملك المشتري، فإذا كذّبه في التدبير، صار مقرّاً بالتدبير في ملك الغير، فيبطل إقراره، وبقي عبدا[2].

والله أعلم بالصواب

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٧٥.

(٢) زاد في (ا) و (ب) هنا قوله: "فيأخذه عبدا".

باب العهدة في الشفعة على من تكون

بنى الباب على أصول:

منها: أنّ عهدة الشفيع تجب على من يسلم إليه الدار، ويأخذ منه الثمن، لأنه ملك منه الدار بعوض، فكان هو الملتزم للعهدة.

ومنها: أنّ البائع والمشتري لا يملكان إبطال حق الشفيع، ويملكان تحويل العهدة[1]، فيملك الشفيع إبطال بيع المشتري، ولا يملك إبطال قبضه، لأن حق الشفعة عُرف بخلا ف القياس لدفع ضرر الدخيل، فيتحمّل فيه ضرر تحويل العهدة، ولا يتحمل فيه إلحاق ضرر الدخيل.

ومنها: أن حق[2] الشفيع لا يبطل بالفسوخ، ولا يتجدّد به إلا إذا كان بيعا في حق الشفيع.

أما لا يبطل بالفسوخ؛ لأنهما لا يملكان إبطال حق الشفيع، ولا يتجدّد به[3] لأن حق الشفعة عُرف نصا بخلا ف القياس، والنص وردّ في البيع، والبيع تمليك المال بعوض بالتراضي، فلا يلحق به إلا ما كان في معناه، فكل فسخ لا ينفردّ به الرادّ يكون بيعا، وما

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٨٦.

(٢) انظر البحر الرائق ٨/ ١٤٧.

(٣) "ولا يتجدّد به" ساقط من (ج) و (د).

ينفردّ به الراد لا يكون بيعا .

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله :

رجل اشترى [1] دارا، وقبضها، ثم وجد بها عيبا، فردّها بقضاء، أو بغير قضاء قبل القبض، أو بخيار شرط، أو رؤية، ودفعها إلى البائع، ثم حضر الشفيع، كان للشفيع أن يأخذها من البائع .

أما له حق الأخذ؛ لأن حق الشفعة قد ثبت، فلا يبطل بفسخهما، ولكن يأخذها من البائع، وليس للشفيع أن يعيد الدار إلى المشتري، ويأخذها منه لتكون العهدة عليه، لما ذكرنا أنهما يملكان تحويل العهدة، فلا يجبر على التزام العهدة، وصار هذا كالبائع إذا سلّم الدار إلى المشتري، لم يكن للشفيع أن يعيدها إلى البائع، ويجبر البائع على التزام العهدة، كذلك هنا .

وإن ردّها بعيب بعد القبض بغير قضاء، ثم حضر الشفيع، كان له الخيار إن شاء أبطل الردّ، وأخذها بالبيع الأول من المشتري، وتكون العهدة على المشتري، وإن شاء أمضي الردّ، وأخذها من البائع، وتكون عهدته على البائع، لأن الردّ بالعيب بعد القبض بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ في حق الشفيع، لوجود حد البيع وهو التمليك، والتملّك عن تراض .

ولو تبايعا بَيعا مبتدأ حقيقة، كان الشفيع بالخيار : إن شاء أخذها بالبيع الأول من المشتري، وينقض البيع الثاني، وإن شاء أخذها بحكم البيع الثاني من البائع، كذلك هنا .

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦٧ .

والإقالة[1] بمنزلة الردّ بعيب بغير قضاء بعد القبض، لأنها بيع في حق الثالث، ولو أن البائع والمشتري لم يتفاسخا البيع بهذه الأسباب، لكن تصادقا أن البيع كان تلجئةً، أو كان بشرط الخيار للبائع أو المشتري أو لهما، ففسخا البيع بذلك السبب، وردّت على البائع، لم يبطل حق الشفيع، كذا ذكر هنا. وذكر في «الجامع» أنه لا شفعة للشفيع.

قيل: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، وضع المسألة في «الجامع» فيما[2] إذا تصادقا من الابتداء، أن البيع كان تلجئةً أو بشرط الخيار، لأنه لم يسبق منهما ما يكون إقرارا بحق الشفعة.

ووضع المسألة هنا فيما إذا أقرّا بالبيع أوّلا، وتجاحد الخيار أو التلجئة، ثم تصادقا عليه، لأنهما لو أقرّا بالبيع أوّلا، ثبت حق الشفعة، فلا يبطل بتصادقهما، ولا يصدّقان على إبطال حق الشفيع، فلا يبطل حق الشفيع، إلا أن العهدة هنا تكون على البائع دون المشتري.

بخلاف الردّ بالعيب بغير قضاء بعد القبض؛ لأن فسخهما بحكم تصادقهما على هذا الوجه لا يمكن أن يجعل بيعا مبتدأ في حق الثالث، لأنهما نفَيا أصل البيع أو صفة اللزوم، فلا يمكن أن يجعل فسخهما بمنزلة البيع المبتدأ، فبقي مجردّ تحويل العهدة، لا بحكم عقد مبتدأ، فلا تبطل شفعة الشفيع[3] بهذا الفسخ، ولا تتجدّد، ويجعل هذا بمنزلة القسم الأول، وهو الفسخ بقضاء القاضي، بخلاف الإقالة، والردّ بالعيب بعد القبض

---

(١) انظر البحر الرائق ٨/ ١٤٩.

(٢) "فيما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "الشفعة".

بغير قضاء.

ألا تري أن الشفيع لو كان سلم الشفعة، ثم ردّها المشتري بعيب بعد القبض بغير قضاء، أو تقايلا، تتجدّد شفعته، وهنا لا تتجدّدوا. وكذا لو كان البائع اشتراها من غيره، فردّها المشتري عليه بعيب بعد القبض بغير قضاء، أو بالإقالة، لم يكن للبائع أن يردّها على بائعه.

ولو تصادق البائع مع المشتري أن البيع الذي كان بينهما، كان بيع تلجئة، أو بشرط الخيار، وفسخا، كان للبائع أن يردّ على بائعه، ولا يجعل الفسخ بهذا السبب بمنزلة البيع المبتدأ، كذلك هنا.

وإن كان[1] الشفيع لم يسلّم الشفعة حتى ردّها البائع بالتلجئة، أو بخيار شرط، لكن المشتري لم يسلم الدار إلى البائع، فللشفيع أن يأخذها من المشتري، لأن الفسخ لا يتمّ إلا بالتسليم.

ألا ترى أنه لو حدث به عيب عند المشتري بعد الفسخ، كان للبائع أن يبطل الفسخ، ولا يقبل الدار، لأن المستحق هو الردّ كما قبض، فإذا تعيّب بعيب، كان للبائع[2] أن لا يقبل، وهذا الفسخ في حق الشفيع بمنزلة العدم.

ولو كان المشتري ردّ الدار بعيب بعد القبض بغير قضاء، ولم يسلمها إلى البائع، فجاء الشفيع، يُشترط حضرة البائع والمشتري لما ذكرنا، والعهدة تكون على المشتري، لأنه كبائع لم يسلم، وكذا لو اختار الشفيع، أخذها بالعقد الأول، لأن الردّ بمنزلة البيع المبتدأ،

---

(١) انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٥١.

(٢) في (ج) و (د): "كان له".

فلا ينقض إلا بحضرة البائع، هذا إذا أقرّ الشفيع بردّ الدار بالعيب.

وإن أنكر الشفيع ذلك، وأبى أن يكون حضرة البائع شرطا، كان القول قوله، لأن حق الأخذ بغير حَضرة البائع كان ثابتا له، فإذا أنكر ما يُبطله كان القول قوله، فإن أراد المشتري أن يقيم البينة علىٰ ما ادّعى من القبض، لا يقبل؛ لأنه قضاء على البائع عند غيبته.

رجل اشترى دارا بعبد، وقبض الدار، ولم يدفع العبد حتى حضر الشفيع، كان للشفيع[1] أن يأخذ الدار بقيمة العبد، لأن الشفيع [إنما][2] يأخذ بمثل ما قام على المشتري، إن كان الثمن من ذوات الأمثال، وإن لم يكن، يأخذ بقيمة الثمن، وتقوم القيمة مقامه، كما في ضمان المتلفات.

فإن لم يحضر الشفيع حتى مات العبد عند المشتري، أو ردّ الدار بعيب بقضاء قاض، أو بخيار شرط، فالشفيع على شفعته؛ لما قلنا إن فسخ البيع لا يبطل حق الشفعة، فإن كان سلم الدار إلى البائع، فالعهدة على البائع، وإلا فعلى المشتري.

ويشترط حضرة البائع، لأن الدار عادت إلى ملك البائع بعد القبض، فقام البائع مقام المشتري في الابتداء، ولو كان سلمها إلى البائع، كان البائع خصما، ولا يشترط حضرة المشتري.

ـ والله أعلم ـ

(١) في (ج) و (د): "كان له".

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

باب في الشفعة التي يأخذها كلّها والتي لا يأخذها والصرف والثمر بالثمر

في الباب فصول ثلاثة: فصل في الشفعة، وفصل في الوكالة، وفصل في المالك القديم.

أما فصل الشفعة، فهو على وجوه أربعة:

أحدها: أن يشتري أرضا ونخلا بألف، فأثمرت قبل القبض.

والثاني: إذا اشترى أرضا ونخلا بتمر، فأثمرت قبل القبض.

والثالث: إذا أثمرت بعد القبض.

والرابع: إذا اشترى دارا بعبد.

والأصل فيه: أنّ أخذ الشفيع بالشفعة ابتداء تملّك بعوض، فيراعى فيه أحكام المبادلة[1]، ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية، والشرط، والرجوع بالثمن عند الاستحقاق.

وأخذُ المالك القديم ملكَه من المتملّك من العدوّ لا يعتبر مبادلة، لأنه ليس بتملك

(١) ذكر في «الفتاوى الهندية» عند بيان صفة الشفعة أن الأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتداء فكل ما ثبت للمشتري من غير شرط نحو الرد بخيار الرؤية يثبت للشفيع، وما لا يثبت للمشتري إلا بالشرط، لا يثبت للشفيع إلا بالشرط. «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦١.

ابتداء، بل هو أخذ قديم ملكه، وما يعطى من المال فداء، وليس بعوض، كالفداء من الجناية وجعل الآبق، فلا يجعل مبادلة.

وأصل آخر: أنّ الشفعة تثبت في المنقول ما دام تبعا للأرض[1]، حتى تثبت في البناء، والسُرر المركبة ونحوها، لأن البيع يُعطى له حكم أصله، لا حكم نفسه.

وأصل آخر: أنّ الشفيع إنما يأخذ الدارَ بالشفعة بتحوُّل الصفقة إليه على الصفة التي كانت في حقّ المشتري: إن كانت مجتمعةً تتحوّل إليه مجتمعة، حتى لا يملك التفريق، وإن كانت متفرقةً في حق المشتري، تتحول إليه بتلك الصفة، لأن الشفيع يقوم مقام المشتري بطريق التقدّم عليه.

وأصل آخر: أنّ الملك مع الضمان إذا اجتمعا، يطيب الربح، وإن انعدم أحدهما لا يطيب.

أما إذا انعدم الضمان؛ لنهي النبي عليه السلام عن ربحِ ما لم يُضْمَنْ[2]، وأما إذا

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ١٥٠، و١٣٧، و٤/ ٤٢١، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ١٦٠.

(٢) أخرجه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلَف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ماليس عندك، وعن ربح ما لم يُضمَن». كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، الحديث ٤٦٤٥، وأخرجه في الكتاب نفسه في باب سلف وبيع، الحديث ٤٦٤٣، وأخرجه في باب شرطان في بيع، عن عبد الله بن عمروَ بلفظ: قال رسول الله ﷺ: «يحلّ سلف وبيع، ولاشرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن».
وأخرجه أبوداود في البيوع والإجارات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، الحديث ٣٤٠٥.
وأخرجه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، الحديث ١٢٣٤.
وأخرجه ابن ماجه مختصرا في التجارات، باب النهي عن بيع ماليس عندك وعن ربح ما لم

انعدم الملك، فكذلك في قول أبي حنيفة ومحمد، لأن أثر الملك فوق أثر الضمان.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل اشترى أرضا فيها نخيل بألف درهم، ولم يقبضها حتى أثمرت النخيل، ثم حضر الشفيع، فللشفيع[1] أن يأخذ الكلّ بالثمن[2]، لأن الشفيع[3] قام مقام المشتري فيما ملكه المشتري بالعقد السابق، والمشتري ملك الثمر بالعقد السابق، لأنه متولّد من المبيع، حتى لو قبضها المشتري، كان له قسط من الثمن، فيأخذه الشفيع أيضا، وتكون عهدته على البائع لما قلنا.

وليس للبائع والمشتري أن يمنعا عنه الثمر، ولا للشفيع[4] أن يدعَ الثمر، ويأخذ الأرض والنخل؛ لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام[5].

فإن لم يحضر الشفيع حتى جَدّ البائع[6] الثمرَ، فإن الشفيع[7] يأخذ الأرض

يضمن، الحديث ٢١٨٨.

(١) في (ج) و (د): "فله".

(٢) وهذا استحسان لأن القياس أن لا يكون له أخذ الثمرة لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها ووجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار. انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٣) في (ج) و (د): "لأنه".

(٤) في (ج) و (د): "له".

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٦) قوله: "جَدّ البائع"، "البائع" هنا ليس بقيد، بل الحكم سواء لكل من المشتري والبائع والأجنبي، صرّح به العلامة ابن عابدين نقلا عن غاية البيان. انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٧) في (ج) و (د): "فإنه".

والنخل بحصتهما من الثمن، ولا يأخذ الثمر[1]، بخلاف ما قبل الجداد[2]، لأن الثمر نقلي، ولا شفعة في النقلي، إلا أنه ما دام متصلا بالشجر كان تبعا، فإذا انفصل صار أصلا، فلا يبقى له حق الأخذ بمنزلة البناء ونحوه[3]. يقسّم الثمن على قيمة الأرض والنخل والثمر المجدود، فما أصاب الثمر يحطّ عن الشفيع[4].

ولا يقال: بأن الشفيع يتملّك بما يتملّك به المشتري، والمشتري يملك الأرض والنخل بجميع الثمن، لأن الثمر لم يكن موجودا وقت العقد، فكذلك الشفيع وجب أن يتملكها بجميع الثمن، ولا يحطّ عنه شيء من الثمن لأجل الثمر.

لأنا نقول: بلى! الشفيع يتملّك بما يتملّك به المشتري، لكن عند قبض المشتري، وفيما[5] إذا أثمر النخيل عند البائع، فجدّها ثم حضر المشتري، فإنه يأخذ النخل والأرض والثمر المجدود، ويقسّم الثمن على الكل، ويصير متملكا الأرض والنخل بحصتهما من الثمن، فكذلك الشفيع، إلا أن المشتري يأخذ الثمن المجدود، والشفيع لا يأخذ؛ لما قلنا إنه صار نقليا.

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٢) جَدَّ الشيءَ، جَدًّا، من باب قتل، قَطَعَه، فهو جديد، فعيل بمعنى مفعول، وهذا زمن الجِداد والجَداد، وأجدّ النخلُ، حان جِداده وهو قطعُه. ونقل ابن عابدين عن الزيلعي بأن الجذاذ، بالذال عامّ في قطع الثمار، وبالمهملة خاص بالنخيل. «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩ و «المصباح المنير» ١/ ٩٢.

(٣) بالانفصال تزول التبعية للعقار، فتسقط الشفعة. انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٥) في (ج) و (د): وقبله إذا أثمر.

هذا إذا أخذ البائع، فإن سقطت الثمار بآفة سماوية، وهلكت، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذ الأرض والنخيل بجميع الثمن[1]، لأن الثمر الحادث مبيع تبعا، فلا يأخذ قسطا من الثمن ما لم يصر أصلا بالقبض أو بالمنع، ولهذا لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري في هذه الصورة، فكذلك عن الشفيع.

وروى ابن سماعة في «النوادر» عن محمد: رجل اشترى نخلا فيه ثمر مثمرة، وأصله، فجدّ الثمر، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذ النخل بحصته من الثمن، يقوّم النخل وفيه الثمر، ويقوّم ولا ثمر فيه، فيأخذ النخل بحصته من الثمن، ويجعل الثمر صفة للنخيل باعتبار القيام بمنزلة الصبغ في الثوب.

وكذلك لو اشترى أرضا مبذورة، فنبت الزرع، وحصده المشتري، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذ الأرض بحصتها من الثمن، تقوّم الأرض مبذورة وغير مبذورة، فيأخذ الأرض بحصتها، هذا الذي ذكرنا إذا اشترى الأرض بالدراهم أو الدنانير.

فإن اشترى بعشرة أكرار تمر دَقَل[2] وسط بعينه أو بغير عينه، فأثمرت قبل قبض المشتري، فهو على وجوه ثلاثة:

أمّا[3] إن كان الثمر الحادث بحال لو قسّم التمر الثمن على الأرض والنخل والثمن الحادث، أصاب الثمر الحادث مثل كيله من التمر الثمن، أو أصابه من الثمن أقل منه أو أكثر.

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

(٢) "الدَقَل" بفتحتين: أردأ التمر، الواحدة: دقلة. «المصباح المنير» ١/ ١٩٧.

(٣) "أمّا" ساقط من (ج) و (د).

فإن أصاب الثمر الحادث مثل قدره من الثمن أخذه المشتري، ولا يتصدّق بشيء لانعدام شبهة الربا، وإن أصاب الثمر الحادث من الثمن، أقل منه أو أكثر، لا يفسد البيع، لأنه لو فسد إنما يفسد لمكان الربا.

و"الربا": «فضلُ مالٍ خالٍ عن العوض المشروط في عقد المعاوضة»[1]، والثمن الحادث ما كان مشروطا في العَقد، فلم يكن ربا، إلا أنه يتصدق بالفضل، لأنه ربح حصل في ضمان الغير، ولأن القبض بحكم العقد له شبه بالعقد.

ولو كان الثمر موجودا وقت العقد، فاشترى بتمر، لو قسّم الثمن على الكل، كانت حِصة الثمر من الثمن أقلّ من وزنه أو أكثر، يفسد العقد، ويكون ربا، فإذا وجد القبض بحكم العقد، ولم يوجد المبيع، ثبتت شبهة الربا، فيظهر ذلك في حق التصدق، لا في فساد العقد. هذا كما لو اشترى ألفا بألفين لا يجوز.

ولو اشترى عبدا يساوي ألفين بألف درهم[2]، فقتله إنسان خطأ، وغرم ألفي درهم، فإن المشتري يأخذ القيمة بألف درهم، ويتصدّق بالفضل، ولا يفسد العقد، كذلك هنا. فإن وجد المشتري بذلك عيبا، يردّه بالثمن، ويتصدّق البائع بالفضل، لأنه ربح حصل في ملك الغير.

---

(١) وعرّف صاحب الكنز «الربا»: "هو فضل مال بلاعوض في معاوضة مال بمال"، وعرّفه التمرتاشي في «تنوير الأبصار»: "فضلٌ خالٍ عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة"، و اختار هذا التعريف عبد الغني الميداني في «اللباب بشرح الكتاب» ١/ ٢٢١، وانظر «تبيين الحقائق» ٤/ ٨٥، «ردّ المحتار» ٥/ ١٦٨، «الفتاوى الهندية» ٣/ ١١٧.

(٢) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

فإن لم يقبض المشتري حتى حضر الشفيع، كان للشفيع أن يأخذ الكل، لما ذكرنا أن الثمر ما دام متصلا كان للشفيع أن يأخذ، ويقسم الثمن على الأرض والنخل والثمر الحادث.

فإن كانت حصة الثمر الحادث من الثمن مثل الثمر الحادث، أخذ الكل بالثمن لانعدام المانع، وإن كانت حصة الثمر الحادث من التمر الثمن أقل من الثمر الحادث أو أكثر، أخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتهما من التمر الثمن، ويأخذ الثمر بقيمة حصته من التمر الثمن، ولا يأخذ بعين التمر، لأن الأخذ بالشفعة تملّك مبتدأ كأنه يشتريها الآن.

ولو اشترى الكل بالتمر، وحصة الثمر الحادث أقل من الثمن أو أكثر، يكون ربا، فإذا تعذّر الأخذ بعين التمر، يأخذه بقيمته، كما لو كان التمر رطبا، فحضر الشفيع بعد ما انقطع أوانه، فإنه يأخذ بقيمة الرطب.

ولا يقال: إذا كانت حصة الثمر الحادث من التمر الثمن، أكثر من الثمر الحادث أو أقل، أمكنه الأخذ بعين التمر، بأن يجعل بمقابلة الثمر مثله، ويجعل الباقي بإزاء النخيل والأرض، فينبغي أن يأخذ بعين التمر.

لأنا نقول: لا وجه إلى هذا، لأن الشفيع إنما يتملك بمثل الثمن الذي قام على المشتري، والمشتري يملك كل شيء من هذه الأشياء بحصته، فلا يجوز تغييره.

فإن كان القاضي قضى بالشفعة للشفيع [1] بعشرة أكرار تمر، ولم يقبض الشفيع حتى أثمرت النخيل عشرة أكرار تمر، فإنه يأخذ الكل بعشرة أكرار تمر، ويتصدق بالفضل، فحال الشفيع هنا كحال المشتري فيما تقدم؛ لأن الشفيع ملك الأرض والنخيل بقضاء

---

(١) "للشفيع" ساقط من (ج) و (د).

القاضي، كما ملك المشتري بالبيع.

واستوضح هذا بالنصراني إذا اشترى من نصرانيّ دارا بخمر، ولها شفيع نصراني، فإن الشفيع يأخذها بخمر مثلها، فإن أسلم الشفيع أو البائع، لا تبطل شفعته، لكن يأخذها بقيمة الخمر، لأنه عجز عن الأخذ[1] بعين الخمر، فيأخذها بقيمة الخمر.

أراد بذلك أنه إذا تعذّر الأخذ بالشفعة بمثل الثمن، لا تبطل شفعته، لكن يتحوّل الثمن إلى قيمته، كذلك هنا يتحول ثمن الثمار في حق الشفيع.

ولو اشترى أرضا ونخلا بعشرة أكرار تمر برنيّ وسَط، وقبض المشتري، ثم أثمرت النخيل أكرارا من التمر، فذلك يطيب للمشتري، سواء كانت حصة الثمر من التمر مثله أو أقل أو أكثر، لأن الثمر الحادث بعد القبض لا حصة له من الثمن، فإنه ربح حصل في ضمانه، فلا يتمكّن فيه شبهة الربا.

فإن حضر الشفيع أخذ الكل، لأن الثمر ما دام متصلا كان تبعا، فيأخذ الكل، ويقسّم الثمن على الكل على التفسير الذي ذكرنا، ويأخذ الثمر الحادث قسطا من الثمن، وإن لم يكن له قسط من الثمن في حق البائع والمشتري، لأن أخذ الشفيع تملّك مبتدأ بتحوّل الصفقة إليه.

ولو أن المشتري جدّ الثمار، ثم حضر الشفيع، فإنه يأخذ الأرض والنخيل بالثمن، ولا يأخذ الثمر المجدود[2]، لأنه نقلي، ولا يحطّ شيء من الثمن، لأن الثمر حدث بعد القبض، ولم يردّ عليه ماله شبه بالعقد، فلا يقابله شيء من الثمن، ويكون طيبا

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "بالأخذ"، وما ثبت أولى.

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

للمشتري، لأنه حصل في ملكه وضمانه.

فإن كان الثمر في النخل يوم القضاء بالشفعة برا أو رطبا، فكذلك الجواب، يقسّم الثمن على الكل.

فإن كانت حصة الثمر الحادث من الثمن أقل منه أو أكثر، يأخذه بقيمته على الوجه الذي ذكرنا، لأن الربا يجري بين التمر والرطب والبر وجميع أنواع التمر، والاحتراز عن الربا واجب.

وإن كان في النخل كُفَرّي[1]، يأخذ الكل بالتمر المسمى في جميع الأحوال، لأن الربا لا يجري بين الكُفَرّي وأنواع التمر، لأن الكفري عدديّ، والتمر كيليّ أو وزنيّ.

ولو كان المشتري باع الثمر على النخيل، ثم حضر الشفيع، كان له أن يأخذ الكل، وينقض بيع المشتري، لأن الثمر ما دام متصلا كان حقا للشفيع، وحق الشفيع مقدم على حق المشتري، فكان له أن ينقض تصرف المشتري.

فإن قال الشفيع: أنا آخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن، ولا آخذ الثمن، لم يكن له ذلك، لأن الشرع جعله بسبيل من أخذ الكل، فلا يملك التفريق[2]، مع إمكان الجمع بنقض البيع الثاني.

كما لو اشترى دارا بألف درهم، وقبض، ثم باع نصفها بخمسين دينارا، ثم حضر الشفيع، فأراد أن يأخذ النصف الذي باع بخمسين دينارا، والنصف الباقي بخمسمائة

---

(١) "الكُفَرّي": بضمّ الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء، والكافور: كِمّ النخل، لأنه يستر ما في جوفه. «المغرب» ٢/ ٢٢٥. «المصباح المنير» ٢/ ٥٣٥.

(٢) أي: تفريق الصفقة، انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٤٩.

درهم، أو أراد أن يأخذ النصف الباقي لا غير بخمسمائة درهم، ليس له ذلك؛ لما فيه من تفريق الصفقة مع إمكان الجمع[1]، بأن ينقض البيع الثاني، ويأخذ الكل بالبيع الأول.

ولو أراد أن يأخذ النصف الذي باع لا غير بخمسين دينارا، كان له ذلك؛ لأنه أخذ كل المبيع في العقد الثاني، وكذا لو لم يبع نصفها، لكنه وهب بيتا معيّنا، فأراد أن يأخذ الباقي بخمسمائة درهم، ليس له ذلك، بل يأخذ الكل، وينقض الهبة في البيت.

فإن قيل: الشفيع إنما لا يملك التفريق لحق المشتري، والمشتري رضي بالتفريق حين باع الثمر.

قيل له: بلى! المشتري رضي بالتفريق فيما بينه وبين المشتري الثاني، لا فيما بينه وبين الشفيع، فإن لم يقض القاضي بالشفعة حتى جدّ المشتري الثاني الثمار، انقطع حق الشفيع عن الثمار، ويأخذ الأرض والنخل، [ولا يأخذ الثمار][2]، ولا يحطّ شيء من الثمن، لما قلنا فيما إذا جدّه المشتري الأول.

وروي ابن سماعة عن محمد: رجل اشترى نخلة بثمرها، وموضعها من الأرض، ثم جدّ البائع الثمر، والجداد لا يضرّ بواحد منهما، فإن المشتري يقبضهما جميعا، ولا يخيّر، لأن الجداد إذا كان لا يضرّ، لم يكن ذلك عيبا، فلا يخيّر المشتري.

فإن قبضهما المشتري، ثم وجد بأحدهما عيبا، فإنه يردّ المعيب خاصة[3]؛ لأنه قبضهما متفرقا، فردّ أحدهما لا يوجب تفريق الصفقة. ولو قبضهما قبل الجداد، ثم جدّ

---

(١) انظر «ردّ المحتار» ٥/ ١٥١.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) انظر البحر الرائق ٨/ ١٥٠.

المشتري، والجداد لا يضر بأحدهما، ثم وجد بأحدهما عيبا، فإنه يأخذهما أو يردّهما، لأنه اشتراهما جملةً، وقبَضَهما جملةً، فكانا كشيء واحد، فردّ البعض يكون تفريقا للصفقة.

وبمثله لو اشترى خاتَما فيه فصّ وقبضه، ثم نزع الفصّ، وهو لا يضر بأحدهما، ثم وجد بأحدهما عيبا، له أن يردّه بحصته من الثمن، بخلاف الثمر، لأن اتصال الفص بالخاتم اتصال عارضي، فإذا زال صار كأن لم يكن، بخلاف الثمر، لأنه اتصال أصليّ؛ ولأن في مسألة الفص الصفقة وقَعت متفرقة، فإن البيع في الخاتم وقع صَرفا، يشترط قبض بدله في المجلس، وفي الفصّ ليس بصرف.

ولو اشترى دارا، وبناها، ثم حضر الشفيع، فللشفيع[1] أن ينقض البناء، ويأخذ الدار بالشفعة، لأن المشتري بنى في حق الشفيع، فينقض تصرفه لحق الشفيع، كما لو باع أو وهب، كان للشفيع أن ينقض بيعه وهبته.

وعن أبي يوسف في رواية: يخيّر الشفيع: إن شاء أخذ الكل بالثمن وقيمة البناء، وإن شاء ترك، وهكذا روي عن محمد، وهو قول الشافعي.

وكذا لو اشترى أرضا فزرعها، أخذها الشفيع بالثمن وقيمة الزرع، وفي ظاهر الرواية: يأخذ الأرض، ويترك الزرع فيه، إلى أن يدرك بأجر المثل، وفي القياس: يقلع.

والوجه الرابع من فصل الشفعة:

إذا اشترى دارا بعبد، فإن الشفيع يأخذها بقيمة العبد، لأن مثل العبد قيمته، فإن أخذها من المشتري سلّم العبد للبائع، وإن أخذها من البائع بقيمة العبد، بقي العبد

---

(١) في (ج) و (د): "فله".

للمشتري[1]، ويكون قيمة العبد بدلا عن الدار، لا عن العبد حتى لو أراد الشفيع أن يبيع الدار مرابحةً، يبيعها مرابحة على ما أعطى من قيمة العبد، فإن كان في الدار صَفائح[2] فضّة، أو سَلا سل فضة، أو كان ذلك في سقوفها، فإن كانت قيمة العبد بحيث لو قسّمت، أصاب الصفائح والسلا سل مثل وزنها، فالقاضي بالخيار إن شاء قضى بقيمة العبد من الدراهم أو من الدنانير.

وإن كانت قيمة العبد بحيث لو قسّمت أصاب الصفائح والسلا سل أقلّ من وزنها أو أكثر من وزنها، فإن القاضي يقضي فيما يخصّ الصفائح والسلا سل من خلا ف جنسها، وفي الباقي بالخيار: إن شاء قضى بالدراهم، وإن شاء قضى بالدنانير.

ويختار ما هو الأيسر للشفيع، لأن حق الشفعة شُرع نظرا له، فيختار الأيسر في حق الشفيع[3] تحقيقا لمعنى النظر، بخلا ف ما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب، فإنه لا يختار الأيسر في حق الغاصب؛ لأنه جانٍ، والجاني لا يستحق النظر.

وإن كان في الدار صفائح ذهب وفضة جميعا، قضى في حصة[4] الفضة بالذهب، وفي حصة الذهب بالفضة تحرّزا عن الربا، وهو في حصة الباقي بالخيار، يقضي بأي نوع شاء، إلا أنه يختار ما هو الأيسر للشفيع.

---

(١) في (ج) و (د): "للمشترين".

(٢) "صَفائح": جمع صفيحة، اللوح، وكلّ شيئ عريض، والمراد بها قِطع عريض من الذهب والفضة. «المصباح المنير» ١/ ٣٤٢. «المغرب»

(٣) في (ج) و (د): "حقه".

(٤) في (ج) و (د): "حق".

فإن قيل: وجب أن يُصرف إلى الصفائح والسلاسل مثلها، ويصرف ما وراء ذلك إلى الباقي.

قلنا: لا وجه لذلك، لأن الشفيع[1] إنما يتملّك على المأخوذ منه بقدر البدل الذي قام على المشتري من غير زيادة ولا نقصان، فلا يتمكّن من تغييره.

ولا يقال بأن الصفائح والسلاسل تَبعٌ لا يقابلها البدل، فإيجاب القيمة من جنسها لا يؤدي إلى الربا.

لأنا نقول: الذهب والفضة لا يجعل تبعا بحال ما، ألا ترى أن في الثوب المنسوج بالذهب والسيف المحلّي، إذا بيع بجنسه، كان بعض الثمن بمقابلة الحلية والذهب، حتى يحتاط فيه، ويثبت حكم الصرف، كذلك هنا.

فإن قضى القاضي بالشفعة للشفيع، لا ينبغي للشفيع أن يفارقه قبل أن ينقد حصة الذهب والفضة، لأنه تملّك مبتدأ، فيراعى فيه أحكام الصرف.

فإن افترقا قبل التقابض بطل قضاء القاضي[2]، لأن القضاء بطل في الفضة، فبطل في الباقي، لأن القضاء بالشفعة لا يحتمل التجزّي ثبوتاً وبقاءً.

فرّق بين هذا، وبين ما لو غصب من آخر مدهن فضة، قيمته لصياغته أكثر من وزنه، فانكسر عنده، فإن القاضي يقضي بقيمته من خلاف جنسه إظهارا للجودة، فإن افترقا قبل قبض القيمة، لا يبطل ذلك[3] القضاء، ولا يشترط قبضها في المجلس، ويجوز تأجيلها

(١) في (ج) و (د): "لا وجه إليه، لأنه إنما".

(٢) في (ج) و (د): "القضاء".

(٣) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

عندنا، خلافا لزفر.

والفرق: أن أخذ الشفيع بالشفعة تملّك قصديّ ببدل، فكان صرفا، فيراعى فيه شرائط الصرف، أما في مسألة[1] الغصب: الواجب ضمان خلافه، ولو تحقّق بينهما مبادلة، فهي مبادلة ضرورية، فلا يراعى فيه شرائط الصرف.

ألا تري أنّ من غصب من أحد[2] كرّا فابتلّت، وصارت عنده كرا وثلث كر، فإن الغاصب[3] يضمن كرا، ويصير المغصوب ملكا له بالضمان، فملك كرا وثلث كر، يطيب له قدر الكر، ويتصدّق بالفضل، ولا يجب الاحتراز عن الربا، ولا يجوز ذلك في المبادلة، لأن الملك في المغصوب إنما يثبت من وقت الغصب، ووقت الغصب كان المغصوب كرا، ولهذا قلنا: إنّ الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمن، نفذ بيعه، والشفيع إذا باع قبل الأخذ بالشفعة، ثمّ أخذها، لا ينفذ بيعه.

وإذا بطل القضاء بالافتراق من غير قبض في مسألة الشفعة، لا يبطل حق الشفعة، لأن حقه ما ثبت بالقضاء حتى يبطل ببطلانه القضاء[4]، بل كان ثابتا، فيبقى إلى أن يبطله.

وإذا ترافعا الأمر إلى القاضي بعد ذلك، فالقاضي يقضي له بالشفعة، بخلاف ما لو

---

(١) "مسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "الحر".

(٣) في (ج) و (د): "فإنه".

(٤) "القضاء" ساقط من (ج) و (د).

تناقضا القضاء قصدا، فإنه يبطل حق الشفعة[1]، لأن قضاء القاضي بمنزلة البيع الجديد، فإذا أبطله الشفيع باختياره، بطل، ويجعل ذلك بمنزلة الإقالة.

أما الافتراق من غير قبض، قد يكون من جانب صاحبه، فلا يجعل ذلك مبطلا لحق الشفعة إذا كان ذلك يتحقق، ويتمّ بدون رضاه في الجملة.

فرّق بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدا بإبريق فضة، وتقابضا، فمات العبد، ثم وجد بالإبريق عيبا فردّه، فإن القاضي يقضي له بقيمة العبد، إن شاء من الدراهم، وإن شاء من الدنانير، سواء كانت قيمة العبد أقلّ من وزن الإبريق أو أكثر، سواء كان الردّ بقضاء أو بإقالة، بخلاف فصل[2] الشفعة.

والفرق: أنّ قيمة العبد[3] هنا وجبت بدلا عن العبد، لا عن الإبريق، لأنه لما ردّ الإبريق وجب عليه ردّ العبد، وقد عجز عن ردّه بحكم الهلاك، فكان عليه قيمته، ولهذا لو أراد بائع الإبريق أن يبيع الإبريقَ مرابحةً على قيمة العبد، لا يجوز، بخلاف الشفيع؛ لأنه تملك مبتدأ، فيجب الاحتراز عن الربا.

ثم أوضَح فصلَ الشفعة: بما لو اشترى نصراني من نصراني دارا بخمر، وشفيعها نصراني، فقضى القاضي[4] له بالشفعة بالخمر، ثم أسلم الشفيع قبل أن يأخذها، فإنه لا تبطل شفعته، ويبطل القضاء، فكذلك الافتراق في مسألة الصرف، يبطل قضاء القاضي

(١) في (ج) و (د): "الشفيع".

(٢) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "القيمة".

(٤) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

بالشفعة، ولا تبطل الشفعة.

وأما فصل الوكالة:

رجل وكّل[1] رجلا بأن يشتري له دارا بعينها، بعبد بعينه للمأمور، ففعل المأمور، فعلى الآمر قيمة العبد للمأمور، والدار للآمر؛ لأن الآمر أمره بأن يشتري الدار له بالعبد، فيتضمّن ذلك تمليك العبد من الآمر، ولذلك طريقان: أحدهما الهبة، والآخر الإقراض، والقرض أدناهما ضررا، فيحمل عليه، وإقراض الحيوان فاسد إذا كان قصدا.

أما إذا ثبت ضمنا لتصرف آخر فلا، وهنا ثبت ضمنا للمشتري، وقد عرف تمام هذا في أبواب النكاح، والقاضي بالخيار: إن شاء قضى بالقيمة من الدراهم، أو من الدنانير، وإن كان في الدار صفائح ذهب أو فضة، لأن قيمة العبد هنا بدل عن العبد، لا عن الدار.

ولهذا لو أراد الآمر أن يبيع الدارَ مرابحةً على ما أعطى من قيمة العبد لا يجوز، لأنه تملكُ الدارَ بالعبد لا بقيمته، بخلاف الشفيع؛ لأن الشفيع ملَك الدار بقيمة العبد، فلهذا يجب الاحتراز عن الربا ثمّة، ولا يجب هنا.

رجلان لكل واحد منهما دار، وهما متلازمان، فتبايعا إحدى الدارين بالأخرى، كانت الشفعة للجيران، لا للبائع والمشتري، أما لا شفعة للبائع فيما اشترى، لأنه زال ملكه في [حق][2] الدار التي يستحق بها الشفعة، وزوال ما يستحق به الشفعة يُبطل حق[3]

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٩٠.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) "حق" ساقط من (ج) و (د).

الشفعة، [وأما لا شفعة له فيما باع، لأن من باع، أو بيع له فلا شفعة له][1].

ولو كانت الداران[2] بين رجلين، فباع كل واحد منهما نصيبَه من هذه الدار بنصيب صاحبه من الدار الأخرى، فلا شفعة للجيران؛ لأن كل واحد منهما في النصف الذي اشترى شفيعٌ بالنصف الذي كان له مِن هذه الدار، فما استحقّ به الشفعة هنا باقٍ على ملكه، ولا شفعة للجار مع الشريك.

وأما الفصل الثالث وهو فصل المالك القديم:

قال: رجل له إبريق فضةٍ وزنه مائة مثقال، وقيمته لجودته وصياغته أكثر من وزنه، فغلب عليه المشركون، وأحرزوه بدارهم، ثم استولى عليه المسلمون، وأحرزوه بدارهم، فإن وجده المالك القديم قبل القسمة، أخذه بغير شيء لنصّ ورَد فيه، وإن وجده بعد القسمة، أخذه بالقيمة من خلا ف جنسه.

وكذا لو وهَبه العدوّ من مسلم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فإنّ المالك القديم يأخذه بقيمته من خلا ف جنسه إظهارا للجودة، فإن قضى القاضي على المالك القديم بالقيمة من خلا ف جنسه، وافترَقا من غير قبض، لم يبطل ذلك[3] القضاء، وكذا لو اصطلحا على القيمة، ثم افترقا من غير قبض، لا يبطل الصلح بخلا ف الشفعة.

والفرق: أن أخذ المالك القديم معاداة، وإعادة لقديم ملكه، وليس بشراء في حقه.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "الدارين".

(٣) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

ألا تري أن المالك القديم[1] لو كان اشتراه من أحد قبل أخذ الكفار، فوجد به عيبا، كان له أن يردّه على بائعه، ولو كان عنده بهبة كان للواهب أن يرجع في الهبة، ولو كان عليه جناية أو دين، أخذ بجميع ذلك.

ولو كان المالك القديم اشتراه قبل الأسر، وباعه[2] مرابحةً على الثمن الأول. ألا ترى أنّ المالك القديم لا ينقض تصرفات المتملك من العدوّ، ولو كان أخذه معاوضةً، كان له أن ينقض تصرفات المتملك من العدو، كالشفيع ينقض تصرفات المشتري.

وإذا كان أخذه مفاداة، ولم يكن بيعا، لا يراعى فيه القبض في المجلس بخلا ف الأخذ بالشفعة.

ولا يقال: إذا لم يكن أخذ المالك القديم تملكا مبتدأ ومعاوضة، لماذا يقضي القاضي بقيمته من خلا ف جنسه؟

لأنا نقول: إنما يقضي بقيمته من خلا ف جنسه إظهارا للجودة، ولهذا قلنا في فصل[3] الغصب: يضمن قيمته من خلا ف جنسه إظهارا للجودة. وإن اشتراه رجل منهم، فإن المالك القديم يأخذه بمثل ذلك الثمن إن كان مثليا، وإن اشتراه مسلم منهم بخمر أو خنزير، أخذه المالك القديم بقيمته.

أما عند أبي حنيفة ومحمد: فلأن هذا احتيال لأخذ أموالهم، وليس ببيع، فيأخذه بقيمته، كما لو ملكه بالهبة.

---

(١) في (ج) و (د): "أنه".

(٢) في (ج) و (د): "فإنه يبيعه".

(٣) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

وعند أبي يوسف هو بيع فاسد، فيأخذه بقيمة العين، وإن اشتراه ذميّ بخمر أو خنزير، أخذه بقيمة الخمر والخنزير، لأن البدل غير متقوّم في حق المالك القديم، متقوّم في حق المأخوذ منه، فلا يأخذه بعين ذلك العوض، ويأخذ بقيمته، ويجوز أن يكون خمر الذمي وخنزيره متقوّما على المسلم، [ومضمونا عليه][1]، كما في الغصب.

وإن اشتراه مسلم منهم بثوب، أخذه المالك القديم بقيمة الثوب، لأن مثل الثوب قيمته، والقاضي في تقويمه بالخيار: إن شاء قضى بالدراهم، وإن شاء قضى بالدنانير لانعدام الربا، وإن اشتراه مسلم أو نصراني بدراهم أكثر من وزنه، يأخذه المالك القديم بمثل تلك الدراهم، وذكَر في موضع آخر أنه يأخذه بقيمته.

وجه تلك الرواية: أنّ هذا احتيال لأخذ أموالهم في قول أبي حنيفة ومحمد، وليس ببيع حقيقةً، فصار كما لو وهبوه له. وعند أبي يوسف هو بيع فاسد فيأخذه بقيمته.

وجه ما ذكر هنا أنه مفاداة، و"المفاداة": إنما تكون بإعطاء ما بذله صاحب اليد، ليخرج من يده، فيعود إليه قديم ملكه.

ولو أسر العدو عبدا لذمي، فاشتراه رجل منهم ذمي بخمر، أخذه المالك القديم بمثل الخمر، فإن قضى القاضي له بذلك، ثم أسلم الذمي الذي اشتراه منهم أو المالك القديم، لا يبطل ذلك القضاء، لما ذكرنا أنه مفاداة، وليس بتملك مبتدأ، فلا يتوقّف تمامه على التسليم بخلا ف الشفعة، إلا أنه يلزمه قيمة الخمر، لأن الموجِب لتسليم الخمر قائم، وقد عجز عن التسليم بحكم الإسلام، فتجب القيمة كما في الغصب.

ولو قضى القاضي للمالك القديم بأخذه، كان للمتملك من العدوّ أن يحبسه حتى

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

يأخذ الثمن، لأنه في حق المأخوذ منه بمنزلة البيع، ولأن حق الحبس لا يختص بالبيع. ألا ترى أنّ رادّ الآبق يحبسه بالجعل، كذلك هنا.

فإن مات بعد الحبس بطل البدل، لأنه التزم البدل، ليسلم له ملكه، وقد فات كما في الآبق، بخلاف المستأجر إذا حبَس العين لاسترداد الأجرة المعجّلة بعد انتقاض الإجارة، فهلك في يده، فإنه يهلك أمانةً؛ لأن يده كانت يد أمانة، فلا تنقلب مضمونةً مع بقاء جهة الأمانة.

وهنا قبضه كان مضمونا في الأصل، وفي الآبق كان يده يد أمانة، لعدم سبب الضمان، لا لعقد الأمانة، ولو ذهبت عين العبد قبل قضاء القاضي للمالك القديم أو بعده، أخذ المالك بجميع الثمن إن شاء، ولا يحط عنه شيء بذهاب العين، لأن الفداء يقابل الأصل دون الأوصاف، والأصل باق، وكذا لو فقأ المشتري عينه، لأن الأصل قائم.

وعن محمد: أنه يسقط حصة العين من الفداء، ويأخذه بالباقي، كما في فصل[1] البيع.

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية، لأن المقصود من الفداء هو الوصول إلى الأصل، والأصل قائم، ولو قتله بطل الفداء لفوات الأصل.

ولو[2] كانت أمَة فولَدت في يد المتملك من العدو، كان للمولى القديم أن يأخذها مع ولدها، لأن حق المالك القديم في الإعادة حق متأكّد يشبه الملك، فيسري إلى الولد. فإن قتل الولد أو مات، أخذ الأم بجميع الثمن إن شاء، ولا يبطل شيء من الثمن لقيام

(١) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٩٠.

الأصل، ولو ماتت الأم، فعند أبي يوسف أخذ الولد بجميع الفداء، لأنه جزء من الأصل، فيأخذه بجميع الفداء بمنزلة الأصل.

وعند محمد: تسقط حصة الأم من الفداء، لأنه أصل، والولد تبع، فيستحيل أن يذهب الأصل بغير شيء.

وإن كانت الأمّ عند المتملك من العدو هبةً وهبَها الكافر منه، فولدت ثم ماتت هي، وبقي الولد، عند أبي يوسف: يأخذ المالك القديم الولدَ بجميع قيمة الأم يومَ وُهِبت له، كالثمن في المسألة الأولي.

وعلى قول محمد: يأخذ الباقي منهما بقيمته، إذا كانت الأم هي الباقية فبقيمتها، وإن كان الولد هو الباقي فبقيمته، يدفع قيمة ما يسلم له.

رجل غصب من رجل كرّ حنطة، فابتلّ عنده، فصار كرا وثلث كر، فعلى الغاصب مثل ذلك[1] الكر المغصوب، ويصير المغصوب ملكا له بضمانه، ويتصدق بالفضل، وقد مرت المسألة قبل هذا.

ـ والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ـ

(١) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

كتاب الرهن[1]

باب من الزيادة في الرهن يزيده الراهن

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن الزيادة في الرهن إذا صادفت مزيدا عليه، جازت استحساناً، والقياس أن لايجوز، وهو قول زفر، والشافعي، والمسألة معروفة[2].

---

(١) الرهن: لغة: الدوام والثبوت والحبس، يقال: ماء راهن، أي راكد، وقال سبحانه وتعالى: ﴿كُلّ نفسٍ بما كَسَبَتْ رَهينَة﴾ (المدثر، الآية: ٣٨) أي محبوسة، ويطلق الرهن على العقد وعلى الشيء المرهون، وجمعه: رُهون، ورُهُن، ورِهان، وفي الآية: ﴿وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتبا فرِهانٌ مقبوضة﴾ (البقرة: ٢٨٣).
أما في اصطلاح الفقهاء: فعرّفه المرغيناني بأنه: «جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون»، وعرّفه في المجلة، مادة: ٧٠١: حبسُ مالٍ، وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاوه منه، ويسمى ذلك المال: مرهونا، ورهنا». والارتهان في المجلة (٧٠٢): أخذُ الرهن. فالراهن هو المدين، والمرتهن هو الدائن، والرهن هو الشيء المرهون. انظر «القاموس المحيط» و«المصباح المنير» مادة: رهن، «المغرب» ١/ ٣٥٦، «الهداية» ٤/ ١٢٦، «المبسوط» ٢١/ ٦٣.

(٢) الزيادة في الرهن بأن يضم إلى المرهون شيئا آخر يصير معه رهنا بالدين المرهون به، كأن يستدين من شخص ألفا، يرهن بها حُليّا، ثم يزيد الراهن عليه متاعا آخر، ليكون مع الأول

وإذا صحّت الزيادة عندنا، فإن كان جميع الدَّين قائمًا، يجعل كأنّ العقد ورَد عليهما، ويقسّم الدَين على الأصل، والزيادة على قدر قيمتهما، يعتبر في الانقسام قيمة الأصل يوم العقد والقبض، وقيمة الزيادة يوم الزيادة والقبض، لأن المعتبر قيمة كل واحد منهما وقت ثبوت ضمان الرهن، وسبب ضمان كل واحد منهما القبض بحكم الرهن، فتعتبر القيمة وقت القبض[(١)].

كما لو رهن جاريتين، فقبض إحداهما، ثم الأخرى بعد يوم، يعتبر قيمة كل واحدة منهما وقت القبض، حتى لو هلكت الزيادة، هلكت بحصتها من الدَّين، ولو هلكت الأصل، هلكت بحصّتها.

وأصل آخر: أن ولد الرهن رهن؛ لأن حق الحبس حقّ متأكد في الأصل، فيسرى

رهنا بالألف. وهي جائزة عند جهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة؛ لأنها زيادة في التوثيق، وهو الغرض من الرهن، وقد أقدما عليها بمحض إرادتهما، ولو تبايعا بدون رهن جاز، فكذلك الزيادة فيه طالما كانت بالرضا جائزة.

وعند الإمام زفر والشافعية لا تجوز هذه الزيادة، واحتجوا بأنها تودّي إلى الشيوع في الدّين، لأنه لابدّ للرهن الثاني من أن تكون له حصة من الدين، فيخرج من الرهن الأول بقدره من أن يكون رهنا، وهو شائع، والشيوع مفسد للرهن. وردّ عليهم بأن الزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين، وهذا لايمنع من صحة الرهن.

يرجع للتفصيل: «المبسوط» ٢١/ ٩٦، «تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢١٦، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٩، «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٢٩٤، «الأم» ٣/ ١٥٤، «المغني» ٤/ ٣٤٧، «كشاف القناع» ٣/ ٣٠٩، «الروض المربع شرح زاد المستقنع» ٢/ ١٩٣.

(١) انظر: «المبسوط» ٢١/ ٩٧، «تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢١٧، «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٤.

إلى الولد كسائر الحقوق المتأكدة من البيع والتدبير وغير ذلك[1].

فإنّ هلكت الأم، هلكت بحصتها من الدَين، وإن هلك الولد، يهلك بغير شيء، لأن الولد لم يجر عليه العقد، ولا ماله شَبه بالعقد، وهو القبض، فكان رهنا تبعا [في الفكاك، فيصير أصلا][2]، إلا أنه لو بقي إلى وقت الفكاك، يصير أصلا في الفكاك، فيصير أصلاً في الرهن ضرورة، والظاهر بقاءه إلى وقت الفكاك، فيقسّم الدَين على الأصل والولد بناءً على الظاهر[3].

ويعتبر في الانقسام قيمة الأمّ يوم العقد، وقيمة الولد يوم الفكاك، فإن هلك الولد قبل الفكاك، لم يصر أصلا، تبطل القسمة، فتهلك بغير شيئ، وإن بقي إلى وقت الفكاك تكون أصلا[4]، فإن لم تتغيّر قيمته إلى وقت الفكاك، تقرّرت تلك القسمة، وإن تغيّرت تلك القيمة إلى زيادة أو نقصان، تتغيّر تلك القسمة[5].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل رهَن جاريةً تساوي ألف درهم بألف

---

(١) يدخل في الرهن عند الحنفية كل زيادة متولدة من الأصل، متصلة به، كاللبن والصوف، أو منفصلة عنه كالولد، فيكون رهنا مع الأصل، لأنه تبع له، والرهن حق لازم متأكد فيسري إليه. راجع: «المبسوط» ٢١/ ٩٧، «تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢١٤، «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢١، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٤٠، «تبيين الحقائق» ٦/ ٩٤.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل ومن (ا)، وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٩، «تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢١٧، «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢١.

(٤) كذا في الأصل و(ا) و (ب)، واختلفت العبارة في (ج) و (د) مع سقط وتغيير، فجاء فيهما: فإن هلك الولد قبل الفكاك، يكون أصلا، فإن لم تتغيّر قيمته إلى وقت الفكاك..

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٧.

درهم، ثم ولدت ولدا، يساوي ألفا، ثم هلكت الجارية، ثم زاد في الرهن غلاما، يساوي ألفا، جازت الزيادة، ويكون الولد مع الزيادة رهنا بخمسمائة[1].

أما جواز الزيادة فلأنها صارت مزيدا عليه، وهو الولد، لأنه رهن ظاهرا، ويكون الولد مع الزيادة[2] رهنا بخمسمائة؛ لأن الجارية لما ولدت ولدا [يساوي ألفا][3]، انقسم[4] الدَين على الأم والولد نصفين لاستواء قيمتهما، فإذا هلكت الجارية، هلكت بخمسمائة، وبقي في الولد خمسمائة، فإذا زاد غلاما يساوي ألفا، فإنما زاد فيما بقي من الدَين، لافيما سقَط، فانقسم ما في الولد، وذلك خمسمائة على الزيادة، والولد نصفين لاستواء قيمتهما، فيفتكهما بخمسمائة[5].

وإن هلكت الزيادة، هلكت بمائتين وخمسين، وإن هلك الولد دون الزيادة، فإنه يأخذ العبد الزيادةَ بغير شيء؛ لأن الولد لما هلك لايصير أصلا، فبطل ذلك الانقسام[6].

وظهر أن الأم هلكت بجميع الدَين، وظهر أنه زاد في الرهن بعد سقوط كل الدَين، فتبطل الزيادة، فكان له أن يستردّ بغير شيء[7].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) قوله: "فلأنها صارت مزيدا عليه، وهو الولد، لأنه رهن ظاهرا، ويكون الولد مع الزيادة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل ومن (ا)، وأضيفت من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "يقسّم".

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٧.

(٦) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠.

(٧) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠.

وكذا لو هلك العبد، والولد معًا، أو هلك العبد، ثم الولد، فإن العبد يهلك أمانة؛ لما قلنا، ولو لم يهلك الولد، ولكن ازدادت قيمته، فصار يساوي ألفي درهم، فإن الراهن يفتك العبد الزيادة، والولد بثلثي الألف؛ لأنه لما ازدادت قيمة الولد، والمعتبر في الانقسام قيمة الولد يوم الفكاك، ظهر أن الدَين انقسم على الجارية والولد أثلاثا، وبهلاك الجارية سقط ثلث الدَين، وبقي الثلثان في الولد[1].

فإذا زاد غلاما يساوي ألفا، انقسم ما في الولد، وهو ثلثا الدَين، على الولد وعلى الغلام الزيادة على قدر قيمتهما، فانقسم ثلثا الدَين على الولد، والزيادة أثلاثا، فكانت الزيادة رهنا بثلث الثلثين، وهو تسعا الألف، والولد بأربعة أتساع الألف، يفتكهما بثلثي الألف.

وإن هلكت الزيادة، هلكت بتسعي الألف، وإن هلك الولد، أخذ الزيادة بغير شيء؛ لما قلنا.

ولو لم تزدد قيمة الولد، ولكن انتقصت، فصار يساوي خمسمائة، تنتقض تلك القسمة، فيسقط بهلاك الأم ثلثا الدَين، ويكون الولد مع الزيادة رهنا بثلث الألف، ثلثا هذا، وهو تسعا الألف بمقابلة الزيادة، وتسع الألف، وذلك مائة وأحد عشر، وتسع بمقابلة الولد، إن هلكت الزيادة بعد ذلك، هلكت بتسعي الألف.

وإن هلك الولد يسقط كل الدَين بهلاك الأم، ويستردّ الزيادة بغير شيء؛ لما قلنا، فإن لم يستردّ الزيادة بعد هلاك الولد، حتى هلكت الزيادة، هلكت أمانة.

فرّق بين هذا، وبين الرهن بدَين مَظنون، إذا رهن رهنا بألف درهم، ثم هلك الرهن، ثم تصادقا أن لادَين، يهلك مضمونا على الروايات الظاهرة.

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠.

وروى بشر عن أبي يوسف: أنه يهلك أمانةً، وسوّى بين مسألة المظنون، وبين مسألة الكتاب، وإن تصادقا أن لادَين، ثم هلك الرهن، اختلف فيه المشايخ.

ووجه الفرق بين مسألة الكتاب، وبين مسألة المظنون على ظاهر الرواية، أن في مسألة المظنون حين قبَض الرهن، كان القبض قبض ضمان من غير تردّد، فإذا تصادقا أن لادَين، لم يصحّ تصادقهما في تغيير حكم الشرع.

أمّا في مسألة الكتاب حين قبض الزيادة، قبضها بعد سقوط سبب الدَين؛ لأن هلاك الأمّ سبب صالح، إلا أن الولد مانع، فإذا هلك الولد زال المانع، فيظهر استيفاء الدين لسقوط الدَين[1] [من ذلك الوقت][2]، فكان قبض الزيادة قبض مال الغير بإذنه من غير دَين، فيكون أمانة.

ولو رهن جارية تساوي ألفا بألف درهم، فولدت ولدا يساوي ألفا، ثم زاد في الرهن[3] غلاما، يساوي ألفا، فإن الغلام الزيادة يكون رهنا بخمسمائة، والجارية مع ولدها رهن بخمسمائة[4].

ووجه ذلك أن الأمّ أصل، والولد تبع، فما دام الأصل قائما، لايعتبر الولد مزاحما للأصل في الانقسام، وتجعل الزيادة زيادة على الأم، فيقسّم الدَين على الأصل، والزيادة

(١) قوله: "إلا أن الولد مانع، فإذا هلك الولد زال المانع، فيظهر استيفاء الدين" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل و (ا) و (ب).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د) "ثم زاد الراهن غلاما".

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

القصدية على قدر قيمتهما[١].

ثم ما أصاب الأصل من الدَين، يقسم عليها وعلى ولدها نصفين، فكانت الزيادة القصدية رهنا بخمسائة، والجارية مع ولدها بخمسمائة، إن هلكت الجارية، هلكت بمائتين وخمسين، وإن هلك الولد، جعل كأن لم يكن، فتكون الجارية رهنا بخمسمائة[٢].

أما إذا زاد في الرهن بعد هلاك الأم، فإنما زاد على الولد؛ لأن الولد صار متبوعا لفوات أصله، فصلح مزيدا عليه، فيقسم ما في الولد على الولد، والزيادة القصدية على الوجه الذي ذكرنا[٣].

ولو رهن عند رجل جارية تساوي ألفا بألف، ثم قضاه الراهن خمسمائة، ثم زاد في الرهن غلاما، يساوي ألفا، فإن الغلام الزيادة يكون رهنا بثلث الألف، ولو افتكَّه[٤]، افْتكَّه بذلك، وإن هلك يهلك به[٥].

ووجهه: أن الجارية كانت مشغولةً مضمونةً بألف، كل نصف منها بخمسمائة، فإذا قضى خمسمائة، فقد فرغ نصفها عن الدَين، وبقي النصف مشغولا في حكم الانقسام، وإن كان الكل مضمونا، فإذا زاد في الرهن، تجعل الزيادة، زيادة على النصف المشغول؛

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠.

(٤) فَكَّ الرهنَ وافتكّه: إذا أخرجه من يد المرتهن وخلّصه، وفَكّ الختام: فَضّه وكسره، ومنه قول محمد في كتاب القاضي: «ولايفتكّه إلا بحضرة الخصم» أي لايفُكّ خاتمه. «المغرب» للمطرزي، ٢/ ١٤٧.

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

لأن النصف الذي سقط دَينه، لايحتاج إلى الزيادة[1].

ألاترى أنه لو قضى كل الدَين، ثم زاد في الرهن، لاتصحّ الزيادة، وإن كان الضمان يبقى ما بقي القبض بحكم الرهن، إلاأن الدَين إذا لم يكن، لاتصحّ الزيادة في الرهن، كذلك هنا.

فثبت أن العبد بعد قضاء نصف الدَين زيادة على نصف الجارية، فيقسم ما في نصف الجارية، وهو خمسمائة، على الزيادة، وعلى نصف الجارية، وقيمة الزيادة ألف درهم، وقيمة نصف الجارية خمسمائة درهم[2]، فانقسم نصف الدَين عليهما أثلاثا، ثلثها، وذلك مائة وستة وستون، وثلثان في نصف الجارية وثلثاها، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون، وثلث في العبد، يفتك كل واحد منهما بذلك[3].

فإن هلكت الجارية، هلكت بستمائة وستة وستين وثلثي درهم؛ لأن نصف الجارية[4] كان مضمونا بالخمسمائة التي أوفاها، وبعد ما سقط نصف الدَين بحكم القضاء، فالقبض قائم لم ينتقض.

فإذا هلكت الجارية[5] صار مستوفيا خمسمائة بهلاك النصف الذي كانت مضمونة[6] بخمسمائة من وقت الرهن؛ لأن قبض الرهن، قبض استيفاء عندنا، ويتقرّر

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٢) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٤) وفي (ج) و (د): "نصفها" بسقوط الجارية.

(٥) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٦) وفي (ج) و (د): "كان مضمونا"، وهو خطأ.

ذلك الاستيفاء بالهلاك.

ولهذا قلنا: لو رهن شيئا، ثم قضى كل الدَين، ثم هلك الرهن، كان على المرتهن ردّ جميع ما قبض لما ذكرنا، كذلك هنا، بهلاك النصف الذي كان مضمونا بخمسمائة، يصير مستوفيا خمسمائة، ونصفها الآخر كان مضمونا بمائة وستة وستين، وثلثي درهم، فيصير مستوفيا بهلاكها ستمائة، وستة وستين، وثلثي درهم، وقد استوفي منه خمسمائة بجهة القضاء، فيصير قابضا مائة، وستة وستين، وثلثي درهم زيادة على حقّه، فيلزمه ردّ الزيادة، ويستردّ العبد الزيادة بغير شيء.

فلو أن الجارية لم تهلك، لكن المرتهن وجد الدراهم المقبوضة سَتّوقَة[1] أو رصاصا، وقد كان الراهن زادَه عبدا يساوي ألفا، فالجارية مع العبد الزيادة، رهن بألف، كل واحد منهما بخمسمائة؛ لأن الستّوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم.

ألاترى أنه لو تجوز بهما في الصرف والسّلم، لايجوز؛ لأنه استبدال برأس مال الصرف والسّلم، وليس بقبض، وكذلك المكاتب إذا أدّى بدل الكتابة ستوقة أو رَصاصا، لايعتق.

وكذا لو حلف: لايفارق غريمَه، حتى يستوفي ما عليه، فأوفاه ستّوقة أو رصاصا، وفارقه، ولم يعلم به، كان حانثا، فثبت أنهما ليسا من جنس الدراهم، فلايكون قبضهما استيفاءً للدَين، فيبقى الدَين على حاله، وقبل القبض لو زاد في الرهن، كانت الزيادة مع الجارية رهنا بألف، كذلك هنا.

---

(١) السّتّوق: بالفتح: ما غلب عليه غشّه من الدراهم، وذكر المطرزى عن الكرخي: السّتّوق عندهم ما كان الصُفر أوو النحاس هو الغالب الأكثر. انظر «التعريفات» ص١٥٦، «المغرب» ١/ ٣٨٢.

فإن وجد المرتهن الدراهمَ المقبوضة زيوفا [أو][1] نبهرَجَة[2]، فردّها، كانت الزيادة مع نصف الجارية رهنا بخمسمائة.

كما لو كان المقبوض جيادا؛ لأن الزيوف والبنهرجة دراهم؛ لأنهما فضّة، لكنّها معيبة، ولهذا لو تجوز بهما في الصرف والسلم، يجوز، وتكون جميع الأحكام على عكس ما ذكرنا في الستوقة والرصاص.

فإذا ردّها ينتقض القضاء بعد الصحّة، ويجب للمرتهن دَين حادث على الراهن، ولا يظهر أن القضاء لم يكن.

قيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة: الجواب فيه كالجواب في الستّوقة والرصاص؛ لأن عنده المسلم إليه، إذا وجد رأس المال زيوفا أو[3] نبهرجة، وردّه بعد الافتراق، يبطل السلم، وكذلك الصرف، كما يبطل في الستوقة والرصاص، وقيل: لا، بل هذا قول الكل.

---

(١) ما بين المعكوفتين لم تثبت في الأصل ولا في النسخ الأخرى، والصواب إثباته، فلايستقيم الكلام بدونه، لأن الزيوف والنبهرج شيئان متغايران، كما ذكرهما المؤلف في الفقرة التالية بواو العطف.

(٢) في (ج) و (د): "بنهرجة"، وهو خطأ، والصحيح ما أثبت.

والنَبَهْرَجَة: ما يردّه التجار من الدرهم الزيف الرديّ، معرّب بنهره بالفارسية، قال أبو البقاء الكفوي: الزيف: هو الدرهم الذي خلط به نُحاس أو غيره، ففات صفة الجودة، فيردّه بيت المال، لا التجار، والنبهرجة: هو ما يردّه التجار أيضا. انظر: «الكليات» ص٤٨٩، «التعريفات» ص٣٠٧، «المغرب» ١/ ٣٨٢، «مجموعة قواعد الفقه» ص ٥٢١.

(٣) "أو" ساقط من (ج) و (د)، والصحيح إثباته.

وجه الفرق لأبي حنيفة: بين مسألتنا هذه، ومسألة الصرف والسلم أنّ الزيوف والنبهرجة دراهم حقيقة، فصحّ قبضهما بجهة الاستيفاء، وللقابض أن يردّها بعيب الزيافة، والقبض إذا نقض بحق ينتقض من الأصل، ولايظهر أنه لم يكن.

فينظر إلى الأحكام الثابتة بهذا القبض، إن كان حكما يحتمل الانتقاض بعد الصحّة، وتتعلق صحّته بالقبض، ينتقض بانتقاض القبض، وإلا فلا، والصرف والسلم يتعلّق صحّتهما بالقبض، ويحتملان الانتقاض بعد الصحّة، فيبطلان بانتقاض القبض.

أما خروج الرهن من أن يكون رهنا لايتعلق بالقبض، فإن المرتهن لو أبرأ الراهنَ عن الدَين، بطل الرهن، فلايظهر أثر انتقاض القبض في حق هذا الحكم، ويجعل هذا بمنزلة دَين حدث وجوبه بعد الاستيفاء، فكانت الجارية مع العبد الزيادة رهنا بخمسمائة.

واستشهد رحمه الله لهذا بما: لو رهن جارية بألف، ثم زاد في نصف الدَين عبدا قيمته خمسمائة، كان العبد زيادة على نصف الجارية، فيصير نصف الجارية مع العبد رهنا بخمسمائة، حتى لو هلك العبد يهلك بثلث الألف.

ولو هلكت الجارية، هلكت بثلثي الألف، نصفها بخمسمائة، ونصفها بثلث خمسمائة، وهو سدس الألف، أراد بهذا أن خروج الرهن من أن يكون رهنا، لايتعلق بالقبض.

فإن قبل الزيادة، كان كل نصف من الجارية رهنا بخمسمائة، وبالزيادة تغيّر ذلك، ولو لم يكن كذلك، ولكن استحقّت الدراهم المقبوضة على المرتهن، فكذلك الجواب، كان العبد مع الجارية رهنا بخمسمائة، جعل المستحقة هنا بمنزلة الزيوف والنبهرجة[1].

وفي الصرف والسلم، جعل المستحقة بمنزلة الستوقة والرصاص، حتى يبطل

(١) أنظر الفروق لكرابسي ٢/ ٢٩١

الصرف والسلم[1].

والفرق: إن قبض المستحق موقوف على إجازة المستحق، وبدله مملوك، لما عرف من أصلنا أن بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا، فكل حكم يتعلق بسلامة ما يقابل المقبوض، فالمستحق فيه بمنزلة الزيوف والنبهرجة، وكل حكم يتعلق بسلامة[2] عين المقبوض، فالمستحق فيه بمنزلة الستوقة والرصاص، والصرف والسلم يتعلق بما فيها بالقبض، فكان المستحق فيه بمنزلة الستوقة والرصاص[3].

أما بطلان الرهن يتعلق بفراغ الذمة، والراهن دفع دراهم الغير عوضًا عن ما في ذمته، فملك ما في ذمته؛ لأن بدل المستحق مملوك، فيبطل الرهن ضرورة، فكانت المستحقة فيه بمنزلة الزيوف والبنهرجة[4].

---

(١) جعل الكرابسي هذا الفرق بين مسألة الرهن ومسألة البيع، وأحال فيه إلى «الزيادات» ولا حرج فيه، لأن الصرف والسلم في حكم البيع في ذلك، ونوعان من أنواع البيوع. الفروق ٢/ ٢٩١.

(٢) قوله: "ما يقابل المقبوض، فالمستحق فيه بمنزلة الزيوف والنبهرجة، وكل حكم يتعلق بسلامة" ساقط من (ج) و (د)، وهو سقط.

(٣) كذا في الأصل، والعبارة: "والصرف والسلم يتعلق بما فيها بالقبض، فكان المستحق فيه بمنزلة الستوقة والرصاص" ساقطة من (ج) و (د).

(٤) يوّجه الإمام الكرابيسي هذا الفرق بأسلوب آخر فقال: «جعل المستحق كالستوقة في باب البيع، وفرق بينه وبين الزيوف، وفي الرهن سوى بينهما.

والفرق أن البائع أنما سلم المبيع إليه بشرط أن يسلم له الثمن، لأن سلامة المقضي شرط في سلامة البدل للمشتري، فإذا استحق لم يوجد شرط سلامة المبيع له فكان له أن يرجع فيه.

وليس كذلك الرهن، لأنه ليس من شرط صحة الزيادة سلامة المقضي له، لأن إلحاق الزيادة

ولو رهن جاريتين بألفي درهم، كل واحدة منهما تساوي ألفا، ثم ولدت إحداهما ولدا يساوي ألفا، ثم هلكت الوالدة، وبقي الولد، ثم زاد في الرهن غلامًا يساوي ألفا، فإن العبد الزيادة يكون رهنا بخمسمائة وخمسة وعشرين، إن افتكّه يفتكّه بذلك، وإن هلك يهلك به؛ لأنه لما رهن جاريتين بألفي درهم، كل واحدة تساوي ألفا، انقسم الدَّين على الجاريتين نصفين لاستواء قيمتهما.

فإذ ولدت إحداهما ولدا يساوي ألفا، انقسم ما في هذه الجارية[1]، وهو ألف، عليها وعلى ولدها نصفين لاستواء قيمتهما. فإذا هلكت الأمّ، هلكت بخمسمائة، وبقي من الدَّين ألف وخمسمائة، ألف في الجارية [التي لم تلد][2]، وخمسمائة في الولد، فإذا زاد في الرهن، والولد يصلح مزيدًا عليه بعد هلاك أصله، كانت الزيادة زيادة عليهما على قدر ما فيهما من الدَّين، فانقسمت الزيادة عليهما أثلاثا، ثلثا الزيادة على الجارية، وثلث الزيادة زيادة على الولد.

ثم يقسّم ما في الجارية، وهو ألف، عليها وعلى ثلثي الزيادة على قدر قيمتهما، وقيمة الجارية ألف، وقيمة التي ثلثي الزيادة ثلثا الألف، فاجعل ثلث كل ألف سَهما، فصارت الجارية ثلاثة أسهم، وثلثا الزيادة سهمين، فصارت الألف التي كانت في[3] الجارية على خمسة، تحول خمسا الألف، وهو أربعمائة إلى ثلثي الزيادة، وبقي في

ببعض الضمان جائز، والمقضي له وإن استحق بعد ذلك فحين زاد حكمه فإن نصف الدين مقضي، فتكون الزيادة لاحقة بخمسائة درهم. «الفروق» للكرابيسي ٢/ ٢٩١.

(١) وفي (ج) و (د): "انقسم ما فيها".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) "في" ساقط من(ج) و (د).

الجارية ثلاثة أخماس الألف، وذلك ستمائة.

ويقسم ما في الولد من الدَّين، وذلك خمسمائة، عليه وعلى ثلث الزيادة على قدر قيمتهما، وقيمة الولد ألف، وقيمة ثلث الزيادة ثلث الألف، فصار ما في الولد من الدَّين، وهو خمسمائة على أربعة، كل ربع مائة وخمسة وعشرون، تحول ربع الخمسمائة إلى ثلث الزيادة، وبقي ثلاثة أرباع الخمسمائة في الولد، فالزيادة مرة تحول إليه أ ربع مائة، ومرة مائة وخمسة وعشرون، فكان جملة ما تحول إلى الزيادة خمسمائة وخمسة وعشرون[1]، إن هلك يهلك بذلك.

وبقي في الولد ثلاثة أرباع الخمسمائة، وهو ثلاثمائة وخمسة وسبعون، وفي الجارية الأخرى ستمائة، إن ماتت الجارية الأخرى بعد ذلك[2] ماتت بستمائة، وإن هلك الولد، بقي الغلام الزيادة مع الجارية رهنا بألف؛ لأن الولد لما مات، صار كان لم يكن.

فظهر أن الجارية الوالدة ذهبت بنصف الدَّين، والعبد زيادة على الجارية الأخرى، لاغير، فصار ما في الجارية الأخرى بينها وبين العبد الزيادة نصفين لاستواء قيمتهما، فأيّهما مات مات بخمسمائة.

وإن لم يهلك الولد، ولكن ازدادت قيمته بعد هلاك الأمّ، فصار يساوي ألفي درهم، والمسألة بحالها، كان العبد الزيادة مع الولد والجارية الأخرى رهنا بألف وستمائة وستة وستين وثلثي درهم، في العبد الزيادة من ذلك أربعمائة وستة وثمانون درهما وتسع

(١) اختلفت العبارة في (ج) و (د) فجاء فيهما: "فالزيادة مرة تحول إليها ربع خمسمائة، وذلك مائة وخمسة وعشرون، ومرة أربعمائة، فكان جملة ذلك خمس مائة وخمسة وعشرين".

(٢) قوله: "الجارية الأخرى بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

درهم.

لأنه لمّا ازدادت قيمة الولد بطل الانقسام الأول، لأن المعتبر قيمة الولد يوم الفكاك، وقيمته يوم الفكاك ألفان، وقيمة الأمّ يوم العقد ألف، فانقسم الألف التي كانت في الأمّ بينها وبين الولد أثلاثا، ثلثه في الأم سقط[1] بهلاكها، وبقي في الولد ثلثا الألف، فكان الباقي ألفا وستمائة وستة وستين وثلثان[2]، فانقسم العبد الزيادة على الولد، والجارية الأخرى أخماسا، خمسا الزيادة زيادة على الولد، وثلاثة أخماس الزيادة زيادة على الجارية.

ثم ما في الجارية من الدَين، وهو ألف، انقسم على الجارية، وعلى ثلاثة أخماس الزيادة على قدر قيمتها، وقيمة الجارية ألف، وقيمة ثلاثة أخماس الزيادة ستمائة، فاجعل كل مائتي درهم سهما، فصارذلك[3] ثمانية أسهم، فقسّمنا الألف بين الجارية وبين ثلاثة أخماس الزيادة على ثمانية أسهم، كل ثمن مائة وخمسة وعشرون تحول إلى ثلاثة أخماس الزيادة، ثلاثة أثمان الألف، وهو ثلاثمائة وخمسة وسبعون، وبقي في الجارية خمسة أثمان الألف، وهو ستمائة وخمسة وعشرون.

ثم يقسّم ما في الولد، وهو ثلثا الألف، عليه وعلى خمسي الزيادة على قدر قيمتها، وقيمة الولدألفان، وقيمة خمسي الزيادة أربعمائة، فاجعل كل أربعمائة سهما، فصار خمسا الزيادة سهما واحدا، والولد خمسة أسهم، فيقسّم ما في الولد، وهو ثلثا الألف بين الولد وخمسي الزيادة على ستة أسهم، كل سدس مائة وأحد عشر وتسع، تحول إلى

---

(١) زاد في الأصل هنا "ذلك"، ولم يثبت في النسخ الأخرى.

(٢) وفي (ج) و (د): "وثلث".

(٣) وفي (ج) و (د): "فيصير ثمانية".

خمسي الزيادة مائة وأحد عشر وتسع، وبقي في الولد خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع.

فالعبد الزيادة مرّة تحول إليه ثلثمائة وخمسة وسبعون، ومرّة مائة وأحد عشر وتسع، فجملة[1] ما تحول إليه أربعمائة وستة وثمانون وتسع درهم، إن هلك يهلك بذلك، وإن هلكت الجارية الأخرى هلكت بستمائة وخمسة وعشرين، وإن هلك الولد جعل كأن لم يكن، وسقط بهلاك الأم ألف، فيكون العبد الزيادة، والجارية الأخرى رهنا بألف، كل واحد منهما بخمسمائة لما قلنا.

والله أعلم بالصواب

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "فصار ما تحول".

باب من الرهن الذي يكذّب الراهن أن يكون رهنه ويكذّب العَدل المأمور بالبيع

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن الاختلاف متى وقَع في المقبوض[١]، كان القول فيه قول القابض[٢]، أمينا كان القابض كالمودَع ونحوه، أو ضَمينا كالغاصب وغيره، لأن القابض لو أنكَر القبضَ أصلا، كان القول قوله، فإذا أنكر قبضَ غيره كان القول قوله[٣].

والثاني: أن من أنكر حقاً[٤] على نفسه، كان القول قوله مع اليمين، والبينة على المدّعي، وهو ظاهر.

---

(١) أي القول قول القابض في تعيين نفس المقبوض وفي مقداره، وفي صفته، كما صرّح به العتّابي عند بيان أصل هذا الباب. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٨٥

(٢) لقد تعرّض السرخسي والكاساني لهذه القاعدة، ففي «المسبوط»: الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول قول القابض، أمينا كان أو ضمينا. «المسبوط» ١٨/ ١٤ كتاب الإقرار، باب الإقرار بالزيوف، و ١٣/ ٤٨ باب الخيار في البيع. وقال الكاساني: الاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول فيه قول القابض. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٢٩٣و ٦/ ١٧٤.

(٣) والإمام العتابي وجّهه بقوله: "لأنه وإن كان أمينا فالقول قول الأمين كالمودع، وإن كان ضَمينا فالقول قوله أيضا كالغاصب". «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٨٥.

(٤) وفي (ج) و (د): "حتى على نفسه"، وهو خطأ.

[إذا عرفنا هذا][1] قال محمد رحمه الله:

رجل رهَن عند رجل جاريةً تساوي ألفا بألف درهم، فقبَضها المرتهن، وجعلا رجلا مسلّطا على بيعها إذا مضى أجل كذا وكذا، فلما حَلّ الأجل، جاء المرتهن بجارية تساوي ألفا، وطلب من العدل بيعها. فقال الراهن: ليست هذه الجارية التي رهنتها، وقال المرتهن: لا، بل هذه تلك الجارية، وصدّق العَدل الراهنَ، أو قال: لاأدري.

ففي المسألة حكمان: حكم بين الراهن وبين المرتهن، وحكم بين المرتهن وبين العدل.

أما الحكم[2] بين المرتهن والراهن: أن القول فيه قول المرتهن[3]، لأنه هو القابض فكان القول في المقبوض قوله، لما قلنا.

وأما حكمه[4] بين المرتهن وبين العدل: أنه إن أنكر العدل أن تكون هذه الجارية، أو قال: لاأدري، كان القول قوله مع اليمين، لأنه يُنكر على نفسه حق البيع، فيكون القول قوله مع اليمين[5].

ويحلف على العلم؛ لأنه يحلف على فعل الغير، وهو تسليط الراهن إيّاه على

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) في الأصل: "فالحكم"، والمثبت من (ج) و (د).

(٣) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» للفقيه الشيخ عطاء الله بن يحي الشهير بنوعي زاده، ص ٢٤٥، المطبوع سنة ١٢٧٦هـ.

(٤) في (ج) و (د): "وأما الحكم بين المرتهن".

(٥) فإن حلف لايجبر على بيعها. انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧٤، «القول الحسن في جواب القول لمن» ص ٢٤٥.

بيعها، أو على ما في يد غيره، فيحلف على العلم[1].

أصله: حديث القسامة[2].

ومن المشايخ مَن قال: إنما يحلف على العلم إذا لم يكن رآها وقت العقد، ووقت التسليط، أما إذا رآها[3] وقت العقد، فإنه يحلف على البتات، ولايحلف على العلم.

ومنهم من قال بأنه يحلف على البتات بكل حال؛ لأن المرتهن يدّعي عليه حقا، وهو بيع الجارية وقضاء الدَين من ثمنها، وهو منكِر، فيحلف على البتات، كما في سائر الدعاوي، والصحّيح ماقلنا.

---

(١) راجع ما سبق في كتاب البيوع ص ١٠٣٨

(٢) حديث القَسامة رواه الأئمة الستةعن سَهل بن أبي حَثْمَةَ «أن نفرا من قومه انطلقوا إلى خيبرَ فتفرّقوا فيها، فوَجدوا أحدَهم قتيلا، فقالوا للذين وَجَدوه عندهم: قَتلتُم صاحبَنا؟ فقالوا: ما قتلناه ولا علمناقاتلا، فانطلقنا إلى نبي الله صلى الله عليه وآله وسلم، قال، فقال لهم: تاتوني بالبينة على مَن قَتَل هذا، قالوا ما لنا بينة، قال: فيحلفون لكم؟ قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود، فكره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يُبطِل دمَه، فوَداه مائةً من إبل الصدقة». اللفظ لأبي داود، فقد أخرجه في كتاب الديات، باب في ترك القَوَد بالقسامة، الحديث ٤٥٢٣، وأخرجه البخاري في الديات، باب القسامة، الحديث ٦٨٩٨. وأخرجه مسلم في كتاب القسامة، باب القسامة، الحديث ١٦٦٩. وأخرجه النسائي في كتاب القسامة، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سَهلٍ فيه، الحديث ٤٧٣٣. وأخرجه الترمذي الحديث ١٤٢٢، وابن ماجه الحديث ٢٦٧٧، والدارمي ٢/ ١٧٨، والطحاوي ٣/ ١٩٧، وأحمد ٤/ ١٤٢، كلهم من حديث سهل ابن أبي حثمة.

(٣) في الأصل: "فإن رآها"، والمثبت من (ج) و (د)، وهو أولى.

فإن نكل عن اليمين، أجبر على بيعها[1].

فرق بينه وبين غيره من الوكلاء، نحو الوكيل بالبيع وغيره، فإنه إذا امتنع عن تحصيل ما وكّل به لايجبر، وإذا أنكر لايحلف، والعدل يجبر.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن الوكالة هنا في ضمن عقد لازم، وهو الرهن، فيكون لازما، ولهذا لايملك الراهن عَزله، فيكون لازما في حق الموكل، فكذا في حق الوكيل.

والثاني: أنّ هذه وكالة تعلّق بها حق المرتهن، وهو حق قضاء الدَين من ثمنها، فيجبر، ولايملك الامتناع، كالوكيل بالخصومة بطلب الخصم إذا غاب الموكل، يجبر على الجواب لحق المدّعي.

هذا إذا نكل عن اليمين، وإن حلف العدل، برئ عن الدعوى، ويؤمر الراهن ببيعها، لأنا جعلنا القولَ قول المرتهن في الجارية، ووقع اليأس عن بيع العدل، فيجبر الموكل، كما لو مات العدل، أو ارتدّ ولحق بدار الحرب.

فإن امتنع الراهن عن بيعها، باعها القاضي أو أمينه، لأنه امتنع عما هو مستحقّ عليه، وأنه أمرٌ تجري فيه النيابة، فناب القاضي مَنابه في إيفاء ما هو مستحق عليه، كما في تفريق امرأة العنّين[2] ونحوها.

وهذا على قولهما لايشكل، لأن[3] عندهما القاضي يبيع مال المديون، وإنما يبيع أيضا في قول أبي حنيفة ههنا، لأن الراهن شرط البيع في الرهن، فصار لازما عليه

(١) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» ص ٢٤٥.

(٢) راجع لتفصيل أحكام العنّين والتفريق بينه وبين زوجته «حاشية ابن عابدين» ٢/ ٥٩٣، ٥٩٤.

(٣) في الأصل: "فإن"، وما ثبت من (ج) و (د).

بشرطه[1].

فإذا امتنع، ناب القاضي مَنابه، وتكون العهدة على الراهن، لأنه لايمكن إيجاب العهدة على القاضي، لأن بيعه كان على وجه القضاء لدفع الظلم عن المرتهن، فلو رجعت إليه العهدة يصير خصما، فيخرج من أن يكون قاضيا، وأمين القاضي بمنزلة القاضي، لأنه لو رجعت إليه العهدة ترجع إلى القاضي، لأنه فعل بأمره، فإذا تعذّر إيجاب العهدة عليهما، كانت العهدة على الراهن، لأنه باع ماله بأمره لقضاء دَينه، فيكون عاملا له.

وإن[2] جاء المرتهن بجارية قيمتها خمسمائة، وقد تصادقا أنّ قيمة المرهونة كانت ألف درهم يوم الرهن، فقال الراهن: ليست هذه الجارية، وقال المرتهن: لابل هذه، وانتقصت قيمتها بتغيّر السعر، فالقول قول الراهن[3]؛ لأنهما تصادقا أن المرهونة كانت على غير هذه الصفة، وكانت مضمونة بألف، فيكون الظاهر شاهدا للراهن، فكان القول قوله مع اليمين[4].

فإن حلف، تَصير الجارية هالكةً في زعمه، وسقط الدَّين بهلاكها، ثم يرجع إلى العدل، فإن صدّق العدل المرتهن، أمر ببيعها؛ لأنه أقرّ على نفسه بوجوب بيعها، وإذا باعها دفع الثمنَ إلى المرتهن.

فإن لم يكن بالثمن وفاء بالدَّين، لايرجع المرتهن ببقية دَينه على الراهن؛ لأنا جعلنا القولَ قول الراهن، واعتبرنا الرهنَ في زعم الراهن هالكا بألف، وإنما صدّق العدل في حق

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٣١٦.

(٢) وفي (ج) و (د): "فلو جاء".

(٣) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» ص ٢٤٥.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧٤.

نفسه، لافي حق غيره، إلا أن يقيم المرتهن البينة على ما قال، فيرجع ببقية دَينه، لأنه أثبت ما ادّعاه بالحجة.

قالوا: هذا إذا لم يُعرف تغيّر سعر الجواري في ذلك الزمان، فإن علم ذلك، كان القول قول المرتهن، لأن الظاهر شاهد له، وتصير هذه المسألة والأولى سَواء.

وإن قال المرتهن: ما رهنتَني إلا هذه الجارية، وكانت قيمتها يوم رهنتها مني خمسمائة، وقال الراهن: ليست هذه الجارية لي، وكانت قيمة المرهونة ألف درهم، فالقول قول المرتهن، لأنه أنكر قبضَ غيرها، ثم يرجع إلى العدل[1].

إن أقرّ العدل بما قال المرتهن أو نكل عن اليمين، يجبر على بيعها، ويرجع المرتهن ببقية دَينه على الراهن، وإن حلف العدل أجبر الراهن على البيع، أو باعها القاضي أو أمينه، وكانت العهدة وفضل الدَين على الراهن، لما ذكرنا.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧٤، «القول الحسن في جواب القول لمن» ص ٢٤٥.

باب من الزيادة في الرهن وقد قضاه بعض المال أو نقص الرهن بعَور أو نحوه

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: ما عرف أن الزيادة في الرهن تصحّ إذا صادفت مزيدا عليه[1]، والولد لايصلح مزيدا عليه حال قيام الأصل، ويصلح بعد هلاك الأصل[2].

والثاني: أن المرهونة إذا اعْورّت، ثم ولدت ولدا، يجعل الولد الحاصل بعد الاعورار، كالولد الحاصل قبل الاعورار، حتى لايعود شيء من الدّين الساقط بالعور[3]، لما نذكر في خلال المسائل.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل رهن عند رجل جاريةً تساوي ألفا بألف درهم، فاعورّت عند المرتهن، سقط نصف الدّين[4]، لأن العين من الآدمي نصفه[5]، ولهذا كان أرش العين مقدّرا بنصف

(١) انظر «المبسوط» ٢١/٩٦، «تكملة فتح القدير» ١٠/٢١٦، «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص ٤/ ٢٩٤، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٩، وارجع ماسبق في ص ١٢٤٢.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٩.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

(٤) انظر «الدر المختار» مع «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٢

(٥) وهذا بخلاف عين الدابة، فإنها إن ذهبت عند المرتهن، وقيمتها مثل الدين، سقط ربع

الدية، ولو هلكت الجارية يسقط جميع الدَين، فإذا هلك نصفها يسقط نصف الدَين[١].

فرّق بينه وبين المبيعة إذا اعورّت بآفة سماويّة قبل القبض، فإنه يخيّر المشتري، إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك، ولايسقط شيء من الثمن.

والفرق: أن ضمان الثمن ضمان بيع، فلايثبت إلا في المبيع، والبيع يتناول الذات، ولايتناول الأوصاف والأطراف، لأن الأطراف تَبع ليست بمحلّ للبيع، ولهذا لايجوز إفرادها بالبيع، فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم تصر مقصودة بالاستهلاك.

أما ضمان الرهن ضمان قبض[٢]، يثبت بالقبض، ويبقى ببقاءه، والقبض يتناول الكل مقصودا، فكان لها قسط[٣] من ضمان الرهن كضمان الغصب[٤].

الدين، نصّ عليه السرخسي وقال مبينا الفرق بينهما: هذا بخلاف عين الادمي، فإن بذهاب عينه يسقط نصف الدين، لأن الانتفاع بالدواب من حيث الحمل والركوب، وذلك يمسّها، وإنما يأتي ذلك بأن تمشي بقوائمها وتبصر بعينها، فيتوزّع بدلها على ذلك، وحصّة العينين من ذلك النصف، فبفوات أحدهما يذهب الربع، وأما البصر في الآدمي فمقصود بنفسه، والبطش كذلك، والمشي كذلك، فيجعل كل جنس بمنزلة النفس، فبذهاب إحدى العينين يجعل نصف النفس كالفائت حكما لهذا المعنى. «المبسوط» ٢١/ ١٠٥.

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

(٢) فقد وصف الله تعالى الرهن بالقبض في الآية: ﴿فَرِهانٌ مقبُوضة﴾ (البقرة: ٢٨٣)، فكان هذا وصف لازما لايفارقه الرهن. انظر «المبسوط» ٢١/ ٦٨.

(٣) في الأصل: "قسطا"، وهو خطأ، والمثبت من (ج) و (د).

(٤) ومن هنا لو تعدّى المرتهن في الرهن ضَمنَه ضمان الغصب بجميع قيمته. راجع القدوري مع اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٥.

فلو زاد الراهن في الرهن جارية تساوي خمسمائة، صحّت الزيادة، لأنها صادفت مزيدا عليه، وهي المرهونة، ويقسّم ما فيها من الدَين يوم الزيادة، وهو خمسمائة، عليها وعلى الزيادة نصفين لاستواء قيمتهما، إذ قيمةُ كل واحدة منهما خمسمائة، فأيتهما هلكت بعد ذلك هلكت بمائتين وخمسين، ويفتك كل واحدة منهما بمائتين وخمسين.

فإن لم تمُت واحدة منهما حتى ولدت الزيادة ولدا يساوي ألفا، قسم ما فيها من الدَين، وهو[1] مائتان وخمسون، بينها وبين ولدها أثلاثا على قدر قيمتهما، فيكونان رهنا بمائتين وخمسين.

ولو لم تلد الزيادة، ولكن ولدت العوراء ولدا يساوي ألفا، ثم هلكت الزيادة، فجاء الراهن يفتك العوراء وولدها، قال: يفتكها بتسعة وثلاثين جزأ من ثمانين جزء من الدَين.

ووجه ذلك: أن العوراء لما ولدت ولدا انقسم أصل الدَين عليها وعلى ولدها نصفين، يعتبر في الانقسام قيمة الأمّ يوم العقد، وقيمة ولدها يوم الفكاك، ويجعل الولد الحاصل بعد الاعورار كالحاصل قبله[2].

بخلاف المبيعة إذا فقأ البائع عينها قبل التسليم، حتى سقط نصف الثمن، ثم ولدت ولدا، يقسّم الباقي من الثمن، وهو النصف عليها وعلى ولدها، ولايجعل الولد بعد الاعورار كالولد قبل الاعورار.

والفرق: أن عقد الرهن لايبطل، ولاينفسخ بهلاك الرهن، بل يتأكّد[3]؛ لأنه شرع

---

(١) في (ج) و (د): "وذلك".

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

(٣) في الهداية: الرهن يتقرّر بالهلاك، فإذا جنى بعض المحل يعود حكمه بقدره. راجع «الهداية» ٤/ ١٥٥، «فتح القدير» ٨/ ٢٣٩.

للاستيفاء، وبالهلاك يتقرّر الاستيفاء، وتقرّرُ حكم العقد يؤكّد العقد، والمتأكّد قائم[1].

فإذا ولدت ولدا حال قيام العقد، ثبت فيه حكم الرهن تبعا، وصار رهنا بعقد الأم، كأنه حصل قبل الاعورار.

بخلاف المبيعة، لأن هلاك المبيع يوجب انفساخ العقد[2].

فإذا هلك بالاعورار نصفه، انفسخ البيع فيما هلك، وسقط نصف الثمن، والمنفسخ لايعود، فإذا ولدت ولدا لايقسّم كل الثمن عليها وعلى ولدها، بل يقسم نصف الثمن[3].

ألا ترى أن العبد المبيع إذا أبق قبل القبض، وقضى القاضي بسقوط الثمن، ثم عاد العبد من الإباق، لايعود البيع. والعبد الرهن إذا أبق، وقضى القاضي بسقوط الدَين، ثم عاد العبد من الإباق، عاد الدَين والرهن[4].

وكذا الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض، سقط الثمن، فإن دبغ المشتري جلدها

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٥.

(٢) وإليه أشار المرغيناني بقوله: بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض، فدبغ جلدها، حيث لايعود البيع، لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض، والمنتقض لايعود، أما الرهن يتقرّر بالهلاك. انظر «الهداية» ٤/ ١٥٥، «فتح القدير» ٨/ ٢٣٩، «الدر المختار» مع «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٥.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨.

(٤) ويسقط الدين بحساب نقصان القيمة إن كان هذا أول إباق منه، وإن كان أبق قبل ذلك لم ينقص من الدين شيئ، ونقل في «الفتاوى الهندية» عن «المنتقى» أنه يبطل الدين بقدر ما نقصه الإباق، من غير تفصيل. انظر: «الفتاوى الهندية» ٥/ ٤٥٣، و«الدر المختار» مع «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٥.

لايعود شيء من الثمن[1]، والشاة المرهونة إذا ماتت، ثم دبغ المرتهن جلدها، عاد الدَّين بقدره[2].

والعصير المبيع إذا تخمّر قبل القبض، سقط الثمن، فإن تخلّل بعد ذلك، لايعود البيع[3]، والعصير المرهون إذا تخمّر، ثم تخلّل عاد الدَّين[4].

وإذا جعلنا الولد الحاصل بعد الاعورار كالولد الحاصل قبل الاعورار، انقسم الدَّين عليها وعلى ولدها نصفين، لاستواء قيمتهما، فإذا اعورّت الجارية سقط نصف ما فيها، وهو ربع الدَّين، بقي ثلاثة أرباع الدَّين، نصف في الولد، وربع في الجارية.

---

(١) لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض، والمنتقض لايعود. «الهداية» ٤/ ١٥٥.

(٢) لأن موت الشاة يؤكد عقد الرهن، لأن المرتهن صار مستوفيا بالهلاك عنده، فإذا عادت المالية بالدباغ صارت عقدا قائما، فثبت حكمه بقدره. انظر «الجامع الصغير» ص ٤٨٨، «الهداية» ٤/ ١٥٥، «فتح القدير» ٨/ ٢٣٩، «الفتاوى الهندية» ٥/ ٤٥٣.

(٣) ما ذكره المؤلف رحمه الله يخالف ما جاء في المتون وكتب الفتاوى، فقد صرّح المرغيناني بأن من اشترى عصيرا فتخمّر قبل القبض، يبقى العقد، إلا أنه يتخيّر في البيع لتغيّر وصف المبيع، بمنزلة ما إذا تعيّب. انظر «الهداية» ٤/ ١٥٥، و«فتح القدير» ٨/ ٢٣٩، «الفتاوى الهندية» ٥/ ٤٥٣، «النافع الكبير شرح الجامع الصغير» ٤٨٨.

(٤) مثال ذلك ما ذكره المرغيناني بأن من رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة، فتخمّر، ثم صار خلاً يساوي عشرة، فهو رهن، لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن، إذ المحلية بالمالية فيهما، والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء. «الهداية» ٤/ ١٥٥، وزاد قاضي خان في فتاواه بأنه يطرح ما نقص من الدين، وعند محمد له تركه بالدين. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٥٩٥. وانظر «الجامع الصغير» ص ٤٨٨.

فإذا زاد في الرهن جارية تساوي خمسمائة، والولد ما دام تبعاً لايصلح مزيدا عليهَ، وبعد ما صار أصلا لفوات متبوعه يصلح مزيدا عليه، وقد كان الولد تبعا للجارية، فكان كل نصف منه تبعا لنصف الجارية، فإذا هلك بالاعورار نصف الجارية، فات متبوع نصف الولد، فالنصف الذي فات متبوعه صار أصلا، فيصلح مزيدا عليه، والنصف الذي بقي متبوعه، بقي تبعا لايصلح مزيدا عليه، فتقسّم الزيادة القصدية على العوراء، وعلى نصف الولد على قدر ما فيهما من الدَين[1].

والباقي من الدَين بعد الاعورار فيهما ثلاثة أرباع الدَين، نصف الدَين في العوراء مع نصف الولد الذي هو تَبع، وربع الدَين في نصف الولد الذي صار أصلا، فانقسمت الزيادة القصدية عليهما أثلاثا، ثلثُ الزيادة زيادةٌ على نصف الولد، وثلثا الزيادة زيادةٌ على العوراء، ثم يقسم ما في العوراء مع نصف الولد الذي هو تبع على العوراء، وعلى ثلثي الزيادة أخماسا، لأن قيمة العوراء خمسمائة، وقيمة ثلثي الزيادة ثلث الألف، وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

فالتفاوت بينهما في قدر سدس الألف، فاجعل كل سدس الألف سهما، فصارت العوراء وقيمتها خمسمائة ثلاثة أسهم، وثلثا الزيادة سهمين، فصارت الجملة خمسة أسهم، ثلاثة حصة العوراء، وسهمان حصة ثلثي الزيادة.

ويقسّم ما في نصف الولد الذي هو أصل، وذلك ربع الدَين، على نصف الولد، وعلى ثلث الزيادة على قدر قيمتهما، وقيمة نصف الولد خمسمائة، وقيمة ثلث الزيادة سدس الألف، فاجعل كل سدس سهما، فصار نصف الولد ثلاثة أسهم، وثلث الزيادة سهما واحدا، فانقسم ربع الدَين على نصف الولد، وعلى ثلث الزيادة أرباعا، فيحتاج إلى

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/١٥٨، ١٥٩.

حساب، له نصف أو ربع، ونصفه ينقسم أخماساً، وربعه ينقسم أرباعا فضربَنا مخرَج الربع في مخرج الخمس فكان عشرين، ثم ضربنا ذلك في أربعة فيصير ثمانين، فمنها تصحّ المسألة.

نقول: جعلنا الدَين ثمانين، نصف في الجارية، ونصف في الولد، وسقط بالاعورار نصف ما في الجارية، وهو ربع الدَين عشرون، بقي[1] ستون، أربعون في العوراء مع نصف الذي هو ثلثي الزيادة أخماسا[2]، فيقسّم ذلك عليها وعلى ثلثي الزيادة أخماسا، فانتقل إلى ثلثي الزيادة خمسا الأربعين، وذلك ستة عشر، بقي[3] في العوراء أربع وعشرون، وقسّمنا ما في نصف الولد، وذلك عشرون[4] على نصف الولد، وعلى ثلث الزيادة أرباعا، فانتقل ربع العشرين إلى ثلث الزيادة، وبقي في نصف الولد خمسة عشر.

فالزيادة مرة انتقل إليها خمسة، ومرة انتقل إليها ستة عشر، فصار جملة ما انتقل إلى الزيادة أحدا وعشرين، فإذا هلكت الزيادة القصدية هلكت بأحد وعشرين، وسقط بالاعورار عشرون، بقي من الدَين في العوراء وولدها تسعة وثلاثون، فيفتكهما بتسعة وثلاثين جزءاً من ثمانين جزءاً من الدَين.

وروى ابن سماعة[5] عن محمد: أن الراهن[6] يفتك العوراء وولدها بتسعة أجزاء

(١) وفي (ج) و (د): "يبقى".

(٢) جاءت العبارة في (ج) و (د): "مع نصف الولد الذي هو تبع".

(٣) في (ج) و (د): "ويبقى".

(٤) في (ج) و (د): "وهو عشرون".

(٥) هو محمد ابن سماعة بن عبد الله، أبو عبد الله التميمي، وتقدم ترجمته في ص ٥٨.

من ستة عشر جزءاً من الدَين. ووجهه: أنا جعلنا الولد الحاصل بعد الاعورار كالولد الحاصل قبل الاعورار، وسقط بالاعورار ربع الدَين، بقي عليه ثلاثة أرباع الدَين، فإذا زاد جارية تساوي خمسمائة، فهذه زيادة فيما بقي من الدَين لا فيما سقط، لأنه صار مقضيا، فلايحتَاج إلى الرهن.

وإذا جعلناه زيادةً فيما بقي من الدَين، انقسم ثلاثة أرباع الدين على الزيادة، وعلى العوراء، وولدها على قدر قيمتهم، وقيمة الزيادة خمسمائة، وقيمة العوراء خمسمائة، وقيمة الولد ألف، فاجعل كل خمسمائة سهما، فصار أربعة، فيقسّم ثلاثة أرباع الدَين بينهم على أربعة، فيحتاج إلى حساب، له ربع، ولثلاثة أرباعه ربع، وأقلّ ذلك ستة عشر، فجعلنا الدَين على ستة عشر، سقط بالاعورار أربعة، بقي اثنا عشر، ستة في الولد، وثلاثة في العوراء، وثلاثة في الزيادة.

فإذا هلكت الزيادة هلكت بثلاثة، بقي من الدَين تسعة، ستة في الولد، وثلاثة في العوراء، فيفتكهما بتسعة أسهم من ستة عشر سهما، وجواب الكتاب أصحّ، وقد ذكرنا وجهَه.

ثم إن محمدا فرّق بين الولد وبين الزيادة القصدية، فقال: بالولد بعد الاعورار يعود بعد ما سقط بالاعورار، ولايعود بالزيادة القصدية[1].

والفرق: أنّ الولد ليس برهن قصدا، لأنه لم يرد عليه العقد، وإنما جعل رهنا تبعا، فكان رهنا تبعا للعقد الوارد على الأمّ، والعقد الوارد على الأم كان رهنا بجميع الدَين، فلهذا يقسم كل الدَين عليه وعلى الأم.

---

(٦) وفي (ج) و (د): أنه يفتك بسقوط الراهن.

(١) أنظر الفرق بينهما عند الكرابسي في «الفروق» ٢/ ١٩٢.

أما الزيادة جعلت رهنا بتراضيهما قصدا، فتجعل رهنا بالدَين القائم وقت الزيادة، لابجميع الدَين، فلا يعود بسبب الزيادة شيء من الدَين الساقط.

رجل رهن عند رجل جارية تساوي ألفا بألف درهم، ثم قضاه خمسمائة، كان للمرتهن أن يحبس الجارية بما بقي، ؛ لأنها كانت محبوسة بالدَين، فيبقى الحبس ما بقي شيء من الدَين، كحقّ حبس المبيع، يبقى ما بقي شيء من الثمن[1].

فإن هلكت المرهونة، ردّ المرتهن على الراهن الخمسمائة التي استوفاها، ؛ لأن بهلاك الرهن صار مستوفيا جميع دَينه من وقت العقد، لما عُرف أنّ عقد الرهن عقد استيفاء، ويتقرّر ذلك الاستيفاء بالهلاك، وإذا صار مستوفيا كل دَينه من وقت العقد، فأخذ الخمسمائة من الراهن يكون آخذا بغير حق، فيجب عليه ردّها[2].

ولو لم تهلك المرهونة، ولكن الراهن زاد في الرهن بعد قضاء الخمسمائة جارية تساوي خمسمائة، كانت الزيادة مع المرهونة رهنا بخمسمائة، كل واحدة منهما بمائتين وخمسين.

لما ذكرنا أن الزيادة في الرهن زيادة على المرهونة فيما بقي من الدَين، والباقي من الدَين خمسمائة، وذلك في نصف المرهونة، لأن جميع الدَين كان في الجارية، وبقضاء الخمسمائة فرَغ نصفها، وبقي نصف الدَين في نصفها، فكانت الزيادة زيادةً على نصف الجارية، فانقسم نصف الدَين على الزيادة، وعلى نصف المرهونة، وقيمة الزيادة خمسمائة، وقيمة نصف المرهونة خمسمائة، فانقسم نصف الدَين عليهما نصفين، فكانت الزيادة رهنا بمائتين وخمسين.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٦ .

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٤ .

فإن ولدت الزيادة ولدا، كانت الزيادة مع ولدها رهنا بمائتين وخمسين، لأن ولد الزيادة تبع للزيادة، وإن ولدت الجارية الأولى ولدا قبل الزيادة أو بعدها، فالجارية الزيادة تكون رهنا بمائتين وخمسين كما كانت، ولاتنتقض القسمة الأولى ولا يعود شيء من الدَين بهذه الولادة، بخلاف ما لو سقط بعض الدَين بالاعورار ثم ولدت ولدا، فإنه يعود شيء من الدَين(١).

والفرق: أنّ في الاعورار لم يصر مستوفيا دَينه حقيقة، وإنما سقط بعض الدَين بنقصان حَلّ في العين، والولد زيادة متولّدة من العين، فينجبر به النقصان، وإذا ارتفع النقصان من حيث المعنى يعود الدَين.

أما الاستيفاء بحكم القضاء أمر حقيقيّ لايرتفع بالولد، فيكون الولد مع الجارية رهنا بما بقي، ولايبطل ذلك الاستيفاء بالولد، فإن هلكت الزيادة وولدها، هلكا بما كان فيهما، وهو مائتان وخمسون، ويفتك الجارية الأولى وولدها بمائتين وخمسين.

ـ والله أعلم ـ

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٨ .

باب من الرهن في المكيل والموزون والصرف

ويسمى هذا الباب باب القُلْب[1]

بنى الباب على أصول أربعة:

أحدها: أن الكيلي أو الوزنيّ إذا رهن بجنسه فهلك عند المرتهن، عند أبي حنيفة رحمه الله[2] يصير مستوفيا دَينه بقدره، إن كان وزنه مثل الدَّين أو أكثر من الدين[3] يصير مستوفيا جميع الدَين[4]، وإن كان وزنه أقلّ من الدَّين، يصير مستوفيا بقدر وزنه، ولاتعتبر الجودة[5].

---

(١) قُلْبُ الفضة: بالضمّ: سِوارٌ غير مَلويّ، مستعار من: قُلب النخلة، وهو جُمارها لما فيها من البياض. «المغرب» ٢/ ١٩١، «المصباح المنير» ٢/ ٥١٢.

(٢) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "من الدين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قال في «الجامع الصغير»: رجل رهن رجلا إبريق فضّة وزنه عشرة بعشرة، فضاع فهو بما فيه. «الجامع الصغير» ص٤٩٢.

(٥) أصّل العتّابي للباب بقوله: أصل الباب أن المكيل والموزون إذا رهن بجنسه فعلى اعتبار الهلاك، العبرة للوزن دون الجودة عند أبي حنيفة رحمه الله، بمعنى أنه يجعل مستوفيا دينَه بقدر وزنه قدْر ما كان مضمونا بالدين، لأن عنده حالة الهلاك حالة الاستيفاء لامحالة، لا حالة التضمين، والاستيفاء إنما يكون بالوزن بقدر المضمون، لابالجودة، لأن اعتبار الجودة في حق الاستيفاء يؤدي إلى الربا. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٨٧.

وعند صاحبيه رحمهما الله كذلك، إن لم يكن في اعتبار القدر إلحاق الضرر بأحدهما، بأن كانت قيمته مثل وزنه[١].

أما إذا كان في اعتبار القدر إلحاق الضرر بالراهن أو المرتهن، بأن كانت قيمته أقل من الوزن أو أكثر، لايصير مستوفيًا، ويصير ضامنا قيمته من خلاف جنسه، فيصير الرهن ملكا للمرتهن بالضمان، ويكون الضمان رهنا مكان الأول[٢].

لهما: أنّ في اعتبار القدر وحدَه إبطال الجودة، وإنها مال متقوّم[٣]، ولهذا تتقوّم في الغصب، وفي حق الأب والوصيّ والمريض، حتى إن الأب أو الوصيّ إذا باع قُلْباً لليتيم، وزنه عشرة، وقيمته عشرون بعشرة دراهم لايجوز، وكذلك المريض الذي عليه دَين، وكذا لو أوصى به لإنسان، يعتبر خروج الجودة من ثلث ماله.

فكما لايجوز الإضرار لصاحب المال[٤] بإبطال حقه عن القدر، لايجوز بإبطال حقه عن الجودة[٥].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن عقد الرهن عقد استيفاء، وفي حقيقة الاستيفاء لاتعتبر

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) راجع للتفصيل: «المبسوط» ٢١/ ١١٦- ١١٧، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٠، ١٦١، «الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢١٢، ٢١٣.

(٣) في (ج) و (د): "وإنها متقوّمة".

(٤) في (ج) و (د): "بصاحب المال".

(٥) وجّه المرغيناني قولهما بأنه لا وجهَ إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن، ولا إلى اعبار القيمة، لأنه يؤدي إلى الربا، فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض، ويجعل مكانه ثم يتملكه. «الهداية» مع انظر «فتح القدير» ٨/ ٢١٢.

الجودة لسقوط اعتبارها عند المقابلة بجنسها[١]، فكذلك في الاستيفاء الحكمي"[٢].

بخلاف ما ذكرنا من المسائل، أما الأب والوصيّ؛ فلأن تصرّفهما مقيد بشرط النظر والقربان على وجه الأحسن[٣]، وهذا لايُعدّ نظرا، وكذلك المريض المديون؛ لأن حق الغرماء تعلق بماله، فلا يملك إبطال حقهم عن الجودة.

والأصل الثاني: أن الموزون إذا رهن فانكسر، عند أبي حنيفة[٤] وأبي يوسف - رحمهما الله - لايجبر الراهن على الفكاك بل يخيّر الراهن[٥]، إن شاء افْتكّه ناقصا بالدَّين، وإن شاء ضمنه قيمته[٦]، ويصير المضمون ملكا للمرتهن بالضمان، ويصير الضمان رهنا مكان الأول، وليس للراهن أن يجعل الرهن بدَينه، إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن قيمة ما كان مضمونا بالدَّين[٧].

---

(١) أي أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها، واستيفاء الرديء بالجيد جائز، ، وقد حصل الاستيفاء بالإجماع، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولايمكن نقضه بإيجاب الضمان، لأنه لابدّ له من مطالِب ومطالَب، كذا الإنسان لايضمن ملك نفسه، وبتعذّر التضمين يتعذر النقض. «الهداية» ٤/ ١٣٨ .

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، «المبسوط» ٢١، ١١٧، «الهداية» مع «فتح القدير» ٨/ ٢١٢ .

(٣) كذا ثبت في الأصل، وجاء في (ج) و (د): "مقيّد بشرط الأحسن والأنظر" .

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١ .

(٥) "الراهن" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، «الهداية» و «فتح القدير» ٨/ ٢١٣ .

(٧) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١ .

وتفسير ذلك: أنه إن كان وزنه مثل الدَين أو أقلّ من الدين[1]، يضمن قيمته، وإن كان وزنه أكثر من الدَين، بأن كان الدَين عشرة، ووزن الرهن اثني عشر، يضمن قيمة خمسة أسداسه بالغة ما بلَغَت، وتجعل الجودة تبعا للوزن.

وعلى قول أبي يوسف: تجعل الجودة كعَين مالٍ قائم، فتَشيع الأمانة والضمان فيهما جميعا.

وعلى قول محمد رحمه الله: ما زاد على قدر الدَين من الجودة يعتبر أمانة، إن لم يفُتْ بالانكسار إلا قدر الأمانة، يجبر الراهن على الفكاك [بجميع الدَين][2]، وإن فات بالانكسار أكثر من قدر الأمانة، خيّر[3] الراهن: إن شاء افتكّه بالدَين ناقصا، وإن شاء جعله بالدَين[4].

وبيان هذا الأصل[5]: إذا كان وزن الرهن عشرة، وقيمته اثنا عشر، والدَين عشرة، فانكسر، عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته، ويصير الرهن ملكا للمرتهن بالضمان.

وعند أبي يوسف يضمن قيمة خمسة أسداسه، كأن وزنه اثني عشر، فيصير خمسة أسداس الرهن ملكا للمرتهن بالضمان، ويكون الضمان مع سدس الرهن رهنا عند

---

(١) قوله: "من الدين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضفناها من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "يخيّر".

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، «الهداية» و«فتح القدير» ٨/ ٢١٣.

(٥) في (ج) و (د): "وبيانه إذا كان"

المرتهن[1].

وعند محمد رحمه الله : إن فات بالانكسار قدر درهمين [لا غير][2]، يجبر الراهن على الفكاك بجميع دَينه، لأن ما فات بالانكسار كانت أمانة، وإن فات بالانكسار أكثر من درهمين، خيِّر الراهن: إن شاء افْتكَّه ناقصا بجميع الدَين، وإن شاء تركه على المرتهن بدَينه، كما لو كانت قيمته عشرة فانكسر، عند محمد له أن يجعله بالدَين لما نذكر، كذلك ههنا[3].

وجه قول محمد: أن الوزن أصل، والجودة تبع، لأن الجودة تقوم بالوزن، والوزن لايقوم بالجودة، والضمان في الرهن أصل، والأمانة تَبع، فيصرف الأصل إلى الأصل، والتبع إلى التبع؛ لأن التبع لايزاحم الأصل[4]، لانعدام المساواة بينهما[5].

ولأبي يوسف رحمه الله: أن ضمان الرهن ضمان قبض، والقبض كما يرد على الوزن يرد على الجودة، وحق صاحب المال معتبر في الجودة كما هو معتبر في الوزن، فتجعل الجودة كعين مال قائم، وتشيع الأمانة والضمان فيهما.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، «الهداية» و «فتح القدير» ٨/ ٢١٣.

(٤) هذه القاعدة عند الحصيري بصيغة: «التبع لايظهر مع ظهور الأصل»، «التحرير في شرح الجامع الكبير» ورق ٥/ ٥٢٠.

(٥) وجّه الإمام السرخسي قول محمد رحمه الله بأسلوب آخر بأن من أصل محمد أن الضمان في الوزن، والأمانة في الجودة والصنعة، باعتبار أن الجودة والصنعة تابعة للوزن، وأن الأمانة في المرهون كذلك، فيجعل الأصل بمقابلة الأصل، والتبع بمقابلة التبع. «المبسوط» ٢١/ ١١٩.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنّ الجودة تبع للوزن، فإذا كان الوزن مضمونا، تبعَته الجودة[1].

والأصل الثالث: أنّ الرهن إذا انكسر، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمة الله عليهما ـ[2] يضمن المرتهن قيمتَه، ويصير الرهن ملكا للمرتهن بالضمان، ولايصير مستوفيا دَينه[3].

وعند محمد: إن كانت قيمته مثل وزنه يصير مستوفيا دَينه، ويصير الرهن ملكا للمرتهن بدَينه[4]، فعند محمد حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، إن كان في حالة الهلاك يصير مستوفيا دَينه، ففي الانكسار يصير مستوفيا، وإن كان في حالة الهلاك يكون مضمونا بالقيمة، ولايصير مستوفيا بأن كان عليه[5] إضرار بأحدهما على الوجه الذي ذكرنا، ففي الانكسار يصير مضمونا بالقيمة[6].

وجه قوله: إنّ ضمان الرهن يثبت بالقبض لا بالهلاك والانكسار، لأنه لاصُنْعَ للمرتهن في ذلك، والقبض الواحد لايوجب ضمانَين مختلفين، وضمان القيمة يخالف

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) "رحمة الله عليهما" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٤) الإمام محمد رحمه الله يرى الجعل بالدين، لكن عند الإمكان، بأن لا يؤدي ذلك إلى الضرر بالراهن، ولا بالمرتهن، ولايؤدي إلى الربا، فإن أدّى ذلك إلى شيء مما ذكر فإنه لايجعل بالدين أصلا. «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٥) في (ج) و (د): "فيه إضرار"، وما ثبت أصح.

(٦) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

ضمان الدَين، لأن ضمان القيمة يفيد الملك في المضمون، وضمان الدَين لايفيد الملك.

ألا ترى أن كفن الرهن يكون على الراهن دون المرتهن، فلايجوز أن يعلّق بقبض الرهن ضمانان مختلفان: ضمان الدّين عند الهلاك، وضمان القيمة عند الانكسار، فلأجل هذه الضرورة اعتبرنا حالة الانكسار بحالة الهلاك.

ولهما: أن عقد الرهن عقد استيفاء، والاستيفاء إنما يكون بالقدر والوزن دون الجودة والصفة، والفائت بالانكسار ليس إلا الجودة، فلا يمكن جعله مستوفيا بالفائت[1].

ولا وجهَ إلى أن يجعل مستوفيا بالقائم، لأنه لو صار مستوفيا بالقائم يصير القائم ملكا للمرتهن بدَينه، وعقد الرهن لايوجب ذلك لما نذكر، فإذا تعذّر جعله مستوفيا دَينه، والراهن لم يرض بقبضه إلا بضمان الدَين، فإذا تعذر[2] ذلك، بقي قبضا بغير إذنه، فيكون مضمونا بالقيمة بمنزلة المغصوب.

والأصل الرابع: أنّ المقبوض إذا صار مضمونا بالقيمة، فإن كانت قيمته مثل وزنه، يضمن قيمته من جنسه، لأنه أقرب إلى المماثلة، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه، تجب القيمة من خلاف جنسه، لأنها لو وجبت من جنسه، إن وجبت مثل وزنه يتضرّر المالك بفوات حقه في الجودة، وإن وجبت قيمته بالغة[3] ما بلغت، يؤدّي إلى الربا، فأوجبنا القيمة من خلاف جنسه تحرّزا عن الربا، وصيانةً لحقه في الجودة.

إذا عرفنا هذه الجملة، جئنا إلى المسائل فنقول: الرهن لايخلو من وجوه ثلاثة:

أحدها: أن لايكون كيليّا ولا وزنيا، بل يكون من العروض والحيوان والعدديّات،

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/١٦٢.

(٢) في (ج) و (د): "وتعذر ذلك".

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/١٦٣.

أو يكون كيليا أو وزنيا، وذلك على وجهين:

إما أن رهن بجنسه، أو بخلاف جنسه، فإن كان من القسم الأول، فحكمه أن يكون مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدَين، إن هلك يهلك بذلك، وإن انتقص يذهب من الدَين بحسابه.

إن كان جميعه مضمونا بالدَين، يذهب قدر قيمة النقصان بالغا ما بلغ، وإن كان بعضه مضمونا، وبعضه أمانة، فالنقصان فيهما جميعا على الحصة، سواء كان النقصان نقصان قدر أو وصف.

وإن كان الرهن من المكيلات أو الموزونات: فإن رهن بخلاف جنسه، فإن هلك يهلك بالأقلّ من قيمته ومن الدَين بالاتفاق[1].

وإن انتقص إن كان النقصان نقصان قدر، يذهب من الدَين بقدره إن كان كله[2] مضمونا بالدَين، وإن كان بعضه مضمونا، وبعضه أمانة، فبحساب ذلك.

وإن كان النقصان نقصان وصف بأن فسد، لايسقط شيء من الدَين، ولكن الراهن بالخيار إن شاء افتكّه ناقصا بالدَين، وإن شاء تركه على المرتهن، وضمنه مثله إن كان مثليّا، وقيمته إن لم يكن مثليا، كالقلْب ونحوه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف[3].

وعند محمد: يخيّر الراهن إن شاء افْتكّه ناقصا بالدَين، وإن شاء تركه على المرتهن بدَينه، إن كان جميعه مضمونا، وإن كان بعضه أمانة، يستردّ قدر الأمانة، ويجعل قدر المضمون بالدَين.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٢) في (ج) و (د): "كان الكل".

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

وإن رهن الكيليّ أو الوزنيّ بجنسه، وهي مسألة الباب، فهو على وجوه ثلاثة:

إما أن كان وزنه مثل الدَين، أو أقلّ من الدَين أو أكثر، فإن كان وزنه مثل الدَين، فهو على وجوه ثلاثة: إما أن كانت قيمته مثل وزنه، أو أقل من وزنه، أو أكثر.

فإن كان وزنه أكثر من الدَين، فهو على وجوه خمسة:

إما أن كانت قيمته أكثر من وزنه، أو مثل وزنه، أو أقل من وزنه أكثر من الدَين، أو أقل من وزنه مثل الدَين، أو أقل من وزنه أقل من الدَين.

فإن كان وزنه أقل من الدَين بأن كان الدَين عشرة، ووزن الرهن ثمانية، فهو أيضا على خمسة أوجه[1]:

إما أن كانت قيمته أقل من وزنه سبعة، أو مثل وزنه ثمانية، أو أكثر من وزنه أقل من الدَين تسعة، أو مثل الدَين عشرة، أو أكثر من الدَين أحد عشر.

وكل ذلك على وجهين: إما أن هلك أو انكسر، فصارت الأقسام ستة وعشرين، وفي تفريع قول محمد يزداد أربع فصول:

الأول: أن يفوت بالانكسار بعض الجودة التي هي أمانة.

والثاني: أن يفوت جميع الجودة التي هي أمانة.

والثالث: أن يفوت مع ذلك شيء من الجودة المضمونة.

والرابع: أن لايفوت بالانكسار شيء.

بدأ الباب بالقسم الأول، وهو ما إذا كان وزن الرهن مثل الدَين:

---

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "على وجوه خمسة".

فقال رحمه الله[1]: رجل رهن عند رجل مذهن فضّةً وزنه عشرة بعشرة دراهم، فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك، يهلك بالدَين عند الكل، ، لأن في وزنه وقيمته وفاء بالدَين، وإن انكسر، فصار يساوي ثمانية عند أبي حنيفة وأبي يوسف، يخيّر الراهن: إن شاء افتكّه بالدَين، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من جنسه[2].

ويكون الضمان رهنا عند المرتهن، ويصير المضمون ملكا للمرتهن، لأنه إن ذهب شيء من الدَين بذهاب الجودة يكون ربا، وإن أجبر الراهن على الفكاك بجميع دَينه يتضرّر الراهن بفوات حقه في الجودة، فيخيّر على الوجه الذي ذكرنا، كالقُلب المغصوب إذا انكسر عند الغاصب، يخيّر المالك[3]: إن شاء أخذه، وإن شاء ضمنه [قيمتَه][4] بالغة ما بلغت، كذلك هنا.

وعلى قول محمد: يخيّر الراهن إن شاء افتكّه بجميع الدَين، وإن شاء جعله بالدَين، فيصير ملكا للمرتهن بدَينه، وليس للراهن أن يضمنه قيمته، لأنه لاوجه لأن يجبر على الفكاك، لما قلنا، ولا وجه لأن يذهب شيء من الدَين بسبب الجودة، ولا وجه لتضمين القيمة، لما ذكرنا في أصل الباب، فيصير مستوفيا الدَين، كما لو هلك، وعنده حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك[5].

وهو نظير ما قال محمد رحمه الله: رجل رهن عبدا يساوي ألفا بألف، فقتله عبد

---

(١) "رحمه الله" أثبتناه من (ج) و (د). أي: قال الإمام محمد.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٣) في (ج) و (د): "الهالك" وهو تصحيف.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

قيمته مائة، ودفع به، خيِّر الراهن إن شاء افْتكَّه بألف، لأن الثاني قام مقام الأول لحما ودما، وإن شاء جعله بالدَّين.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: ليس له أن يجعله بالدَّين، لأنه من أحكام الجاهلية[1]، قال عليه السلام: «لايَغْلَقُ[2] الرهنُ»[3]، وتفسيره جعل الرهن بالدَّين،

---

(١) إنه روي عن إبراهيم والزهري في تأويل قوله "لا يغلق الرهن" أن أهل الجاهلية كانوا يَرهَنون على أنه إن لم يأته بالمال وقت كذا، فهو له، فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله "لا يغلق الرهن". يعني أنه لا يُملَك بالدين، وقد حكي عن جماعة من أهل اللغة أن العرب تقول: "غَلِقَ الرهن" إذا ذهب بغير شيئ. انظر «مصنف عبد الرزاق» ٨/ ٢٣٧، و«شرح مختصر الطحاوي» ١/ ٢٠٦.

(٢) يَغْلَق: بفتح الياء واللام وسكون الغين، يقال: غلِق الرهن، من باب لبِس: إذا استحقه المرتهن، ومنه قوله: "أذن لعبده في التجارة وغَلقت رقبته بالدين"، أي استحقت به فلم يقدر على تخليصها، وغلق الرهن: بقي في يد المرتهن لايقدر راهنه على تخليصه، والمعنى أنه لايستحقه المرتهن إذا لم يستفكه صاحبه. انظر «المغرب» ٢/ ١٠٩، «النهاية» لابن الأثير ٣/ ٣٧٩.

(٣) هذا الحديث رواه الشافعي في الأم عن ابن المسيب مرسلا، وعن أبي هريرة مرفوعا بالفظ: "لا يغلق الرهن الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه و عليه غرمه"، ثم قال: "وبهذا نأخذ، واختلف المحدثون في إرساله واتصاله: أخرجه الدار قطني متصلا وقال: "هذا إسناد حسن متصل" وأخرجه ابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح أعلى الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه". أخرجه أبو داود في مراسيله، وقال: "قوله: "غنمة وعليه غرمه" من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهري، وقال: هذا هو الصحيح". وكذلك رواه مرسلا البزار، والدار قطني، وابن القطان، وعبد الرزاق، وابن أبي شيبة في مصنفهما. انظر: الأم ٣/ ١٦٧، ١٦٨؛ سنن الدار قطني ٣/ ٣٢؛ المستدرك ٢/ ٥١؛ السنن الكبرى ٦/

ولهذا قلنا: إن العبد الرهن إذا أبق لايصير ملكا للمرتهن، فملك الرهن بالدَّين ليس من أحكام يوجبه عقد الرهن(1).

أما ضمان القيمة حكم يوجبه عقد الرهن، ولهذا قال محمد رحمه الله بوجوب ضمان القيمة إذا كانت قيمته أكثر من وزنه، ولأن عقد الرهن عقد استيفاء، فلا بد من أن يكون مضمونا بالقيمة، ليصيرْ مستوفيا بطريق المقاصّة، علم أن ضمان القيمة حكم يُلائم الرهن، فيجوز المصير إليه إذا تعذّر الاستيفاء.

وإن كانت قيمته أقلّ من وزنه ثمانية، فهلك عند أبي حنيفة، يصير مستوفيا جميع دَينه اعتبارا للوزن، وعندهما: يضمن قيمته من خلاف جنسه، فيكون رهنا مكان الأول، لما قلنا في أصل الباب(2).

قالوا: هذه المسألةُ فرع لمسألة أخرى: رجل له على رجل [دراهم](3) جياد، فأوفاه زيوفا، ولم يعلم به حتى أنفقَها، عند أبي حنيفة لايرجع عليه بالجياد(4)، وعند أبي يوسف يردّ زيوفا مثل زيوفه، ويرجع بالجياد.

---

٤٤٢ مصنف عبدالرزاق ٨/ ٢٣٧.

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) ذكر الكاساني أن من أصل أبي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزيوف من الجياد، حتى لو أخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد، ولم يعلم به حتى هلك عنده، سقط دينه. وعند أبي يوسف لايسقط، بل يردّ مثل ماقبض، ويأخذ مثل حقّه، فمن أصله: أنه لايجوز استيفاء الزيوف عن الجياد. ثم خرّج الكاساني على هذه الأصول عدة مسائل. راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

ووجه البناء على تلك المسألة: أنّ عقد الرهن عقد استيفاء، وفي حقيقة الاستيفاء عند أبي حنيفة يعتبر الوزن، ولا تعتبر الجودة، فكذلك فيما هو استيفاء حكما[1].

وعندهما في حقيقة الاستيفاء يعتبر حق صاحب المال في الجودة، فكذلك فيما هو استيفاء حكما، إلا أن بينهما فرقا من وجه، وهو أنّ هناك لو قبض مع العلم بكونه زيوفا، لايردّ، ويبطل حقه في الجودة، وههنا لايسقط؛ لأن هناك يصير مستوفيا بالقبض، فإذا قبض مع علمه بذلك يسقط حقه في الجودة، أما ههنا لايصير مستوفيا عند القبض، وإنما يصير مستوفيا عند الهلاك، والهلاك موهوم، عسى يكون، وعسى لايكون، فلا يكون[2] راضيا بسقوط حقه في الجودة[3].

فإن قيل: كيف يكون هذا بناء على تلك المسألة، وفي تلك المسألة قول محمد مع أبي حنيفة، وهنا قول محمد مع أبي يوسف؟ قلنا: روى عيسى بن أبان رحمه الله في تلك المسألة قول محمد مع قول أبي يوسف[4].

وإن كانت قيمته اثني عشر أكثر من وزنه، فإن هلك يصير مستوفيا دَينه عند الكل، لأن في وزنه وقيمته وفاء بالدَين، وزيادة[5].

وإن انكسر، عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته من خلاف جنسه، لأن في حالة

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٢) في (ج) و (د): "فلا يصير".

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٤) ولذا صرّح الكاساني بأن الإمام محمد ذهب إلى قول الإمام أبي حنيفة، إلا أن محمدا ترك أصله في الرهن. «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

(٥) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١.

الانكسار عنده الواجب ضمان القيمة، وجميع القدر مضمون، فتَبعته الجودة، وعند أبي يوسف يضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه، لما عرف من أصله في أصل الباب، فيضمن خمسة أسداسه، ويكون سُدس القلب مع الضمان رهنا عنده[1].

ولا يقال: لو صار سُدس القلب رهنا مع الضمان، وخمسة أسداسه ملكا للمرتهن يصير مُشاعا، والشيوع مانع من صحّة الرهن. طارئا كان أو مقارنا، لأنا نقول: هذا شيوع طارٍ، وعند أبي يوسف في قوله الآخر: الشيوع الطارئ لايمنع.

وعند محمد: إن انتقص بالانكسار من قيمته درهم أو درهمان، أجبر الراهن على الفكاك، ويصرف النقصان إلى الأمانة، وفوات الأمانة لايعتبر، وإن انتقص أكثر من ذلك، فقد فات شيء من الجودة المضمونة، فيخيَّر الراهن إن شاء افْتكّه ناقصا بجميع الدَّين، وإن شاء جعله بالدَّين؛ لأن عنده حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، وفي حالة الهلاك يكون مضمونا بالدَّين، فكذلك في الانكسار[2].

ثم ذكر محمد رحمه الله سؤالا على أبي يوسف في هذا الفصل، فقال:

فصل الهلاك يلزم أبايوسف، فإنه قال[3]: لو هلك سقط جميع الدَّين عند الكل، ولا يخلو إما أن يصير مستوفيا دَينه بالوزن دون الجودة، أو بالجودة، فإن جعله مستوفيا بوزنه فقد ترك أصله، لأن من أصله أنّ الجودة كعين مال قائم، وتشيع الأمانة والضمان فيهما، فكان هذا منه تَرْكا لأصله، وأخذا بقول محمد.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٣) "قال" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح. كما سقط "فإنه" من الأصل، وأثبته من (ج) و (د).

وإن جعله مستوفيا باعتبار القيمة يؤدي إلى الربا، لأنه يصير مستوفيا دَينه من القُلب بما يساوي عشرة، وذلك خمسة أسداس القلب، وخمسة أسداس القلب وزنه ثمانية وثلث، واستيفاء العشرة من ثمانية وثلث يكون ربا.

والجواب عن هذا أن نقول: إنما لاتعتبر الجودة في الاستيفاء ضرورة اتحاد الجنس، كيلا يؤدي إلى الربا، [وليصير وزنه وفاء بالدَين][1]، وفي وزنه وفاء بالدَين، ولا ضرورة في ضمان القيمة، لأن القيمة إنما تجب من خلاف الجنس، فلا يؤدي إلى الربا.

وأما القسم الثاني: وهو ما إذا كان وزنه أقل من الدَين ثمانية[2]:

ففي الوجه الأول من هذا القسم: وهوما إذا كانت قيمته مثل وزنه: إن هلك، يصير مستوفيا من دَينه ثمانية عند الكل، لأن في وزنه وقيمته وفاء بهذا العدد.

وإن انكسر، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يخير الراهن، إن شاء افْتكَّه بجميع الدَين، وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه، فيكون الضمان رهنا مكان الأول، ويصير المرهون ملكا للمرتهن بالضمان، وعند محمد إن شاء افْتكَّه بالدَين، وإن شاء جعله للمرتهن بثمانية من الدَين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك[3].

وفي الوجه الثاني من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه سبعة: إن هلك، عند أبي حنيفة يصير مستوفيا ثمانية اعتبارا للوزن، وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه، لأنه لو صار مستوفيا ثمانية يتضرّر المرتهن لفوات حقه في الجودة، ولو صار

---

(١) كان في الأصل: "يصير وفاء بالدين"، والمثبت بين المعكوفتين من (ج)، وهو أولى.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٣) المرجع السابق.

مستوفيا سبعة يؤدي إلى الربا، فيضمن قيمته من خلاف جنسه[1].

وإن انكسر يخير الراهن، إن شاء افْتكَّه بالدَين، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه عند الكل[2].

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فلان عندهما حالة الانكسار حال تضمين القيمة، وأما عند محمد؛ فلأن عنده حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، وعنده في الهلاك يكون مضمونا بقيمته من خلاف جنسه، فكذلك عند الانكسار.

وفي الوجه الثالث من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه، أقل من الدَين تسعة، وفي الوجه الرابع من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته مثل الدَين عشرة[3]:

إن هلك، عند أبي حنيفة رحمه الله يصير مستوفيا من دَينه ثمانية اعتبارا للوَزن، وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه احترازا عن الربا والضرر.

وإن انكسر، فالراهن بالخيار إن شاء افْتكَّه بالدَين، وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه عند الكل، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فلأن حالة الانكسار عندهما حال تضمين القيمة، وأما عند محمد؛ فلأن حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، وفي حالة الهلاك يضمن قيمته، فكذلك في الانكسار[4].

وفي الوجه الخامس من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه، وأكثر من

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

الدَين اثني عشر:

إن هلك، عند أبي حنيفة يصير مستوفيا من دَينه ثمانية اعتبارا للوزن، وعندهما يضمن مقدار الدَين، وذلك عشرة قيمته من خلاف جنسه، ولا ضمان عليه في الزيادة؛ لأنها هلكت أمانة.

وإن انكسر، فعند أبي حنيفة: الراهن بالخيار، إن شاء افْتكَّه بجميع دَينه، وإن شاء ضمنه قيمته بالغة ما بلغت من خلاف جنسه؛ لأن الجودة تبع للوزن، والوزن كله مضمون، فتَبِعته الجودة[1].

وعند أبي يوسف: إن شاء افْتكَّه بالدَين، وإن شاء ضمنه [قيمة][2] خمسة أسداسه من خلاف جنسه، ويكون الضمان مع سدس القُلب رهنا، وخمسة أسداس القلب يكون ملكا للمرتهن بالضمان لما عرف من أصله.

وعند محمد: إن انتقص بالانكسار درهم أو درهمان، أجبر الراهن على الفكاك؛ لأن النقصان مصروف إلى الأمانة، وإن كان النقصان أكثر من ذلك، كان للراهن أن يضمن المرتهن ما يساوي عشرة من خلاف جنسه، اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك.

وأما القسم الثالث: وهو ما إذا كان وزن القلب أكثر من الدَين خمسة عشر[3]:

ففي الوجه الأول من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه خمسة عشر: إن هلك، يهلك بالدَين عند الكل، لأن ثلثيه وفاء بالدَين، فيهلك ثلثاه بالدَين، والباقي أمانة.

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٣.

وإن انكسر، عند أبي حنيفة وأبي يوسف: إن شاء افْتكّه بالدَين، وإن شاء ضمنه ثلثي قيمته من جنسه، ويكون الضمان مع ثلث المكسور رهنا مكان الأول، ويصير ثلثا المكسور ملكا للمرتهن بالضمان.

وعند محمد رحمه الله: يخير الراهن، إن شاء افْتكَّه بالدَين، وإن شاء جعل ثُلثيه بالدَين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك.

وفي الوجه الثاني من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه مثلا عشرين: إن هلك، يصير مستوفيا دَينه بثلثيه عند الكل.

وإن انكسر، فعند أبي حنيفة: الراهن بالخيار، إن شاء افْتكّه بالدَين، وإن شاء ضمن المرتهن ثلثيه من خلاف جنسه وذلك ثلاثة عشر وثلث، لأن المعتبر هو الوزن والدَين قدر ثلثي وزنه، فكان ذلك القدر مضمونا بجودته بالغة ما بلغت.

وعند أبي يوسف: يضمن قيمة نصفه من خلاف جنسه، لأن عنده الجودة كعين مال قائم، فكان نصفه مضمونا، ونصفه أمانة، فيضمن في الانكسار نصف قيمته من خلاف جنسه، ويصير نصف المكسور ملكا للمرتهن بالضمان.

وعند محمد: إن فات [المرهون][1] بالانكسار خمسة أو أقل، يجبر الراهن على الفكاك، وإن انتقص أكثر من خمسة، خيِّر الراهن إن شاء افْتكَّه بجميع الدَين، وإن شاء جعل ثلثيه بالدَين، واستردّ الثلث؛ لأن النقصان إذا كان أكثر من خمسة ينتقص قيمة ثلثيه عن عشرة، فيفوت شيء من الجودة المضمونة ضرورة، وعند ذلك تعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك[2].

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبته من (ج) و (د).

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

وفي الوجه الثالث من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من الوزن، وأكثر من الدَين، بأن كانت اثني عشر فهلك، عند أبي حنيفة يصير مستوفيا دَينه من ثلثيه اعتبارا للوزن، وعندهما يضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه، وهو مقدار الدَين، لأنه لو صار مستوفيا دَينه بثلثيه اعتبارا للوزن، يبطل حق المرتهن في الجودة، ولو صار مستوفيا دَينه بخمسة أسداس قيمته، يكون ربا؛ لأن وزن خمسة أسداسه اثني عشر ونصف، وقيمة خمسة أسداسه عشرة، فيكون ربا[1].

وإن انكسر، عند أبي حنيفة يضمن ثلثي قيمته، ثمانية من خلاف جنسه؛ لأن المضمون من الوزن قدر ثلثيه، وعندهما يضمن قدر الدَين خمسة أسداس قيمته من خلاف جنسه.

وفي الوجه الرابع من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته مثل الدَين عشرة: إن هلك، عند أبي حنيفة يصير مستوفيا دَينه من ثلثيه اعتبارا للوزن، وعندهما يضمن جميع قيمته؛ لأن قيمته مثل الدَين، لا فضلَ فيها، وتعذّر جعله مستوفيا لما قلنا[2].

وإن انكسر، عند أبي حنيفة، يضمن ثلثي قيمته من خلاف جنسه اعتبارا للوزن، وهو ستة وثلثان، وعندهما يضمن جميع قيمته من خلاف جنسه؛ لأن كل القيمة مضمونة.

وفي الوجه الخامس من هذا القسم: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من الدَين بأن كانت تسعة، فالجواب فيه في الهلاك والانكسار ما ذكرنا في الوجه الرابع[3].

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٣.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

ثم ذكر محمد رحمه الله في الكتاب فقال: لو كان وزن القُلْب ثمانية، وقيمته اثني عشر، والدَين عشرة، فهلك، أو احترق، أو انكسر، فإنما يذهب بثمانية في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وهذا الجواب جواب الهلاك والاحتراق، لا جواب الانكسار على ما ذكرنا، جمع محمد رحمه الله بين الأسئلة، وأجاب عن بعضها، وكثيرا ما صنع مثل هذا في الكَتاب.

هذا إذا كان الرهن إبريقا، أو قُلبا، أو مدهنا.

فإن كان مكيلا بأن كان له على رجل مائة درهم، فرهنه بها كرّ حنطة يساوي مائتي درهم، فهلك الرهن صار مستوفيا دَينه عند الكل، لأن فيه وفاء بالدَين وزيادة.

وإن أصابه ماء ففسد، فعند محمد رحمه الله: الراهن بالخيار إن شاء افتكّه بجميع الدَين، وإن شاء جعل نصفه بالدَين، ويصير الكرّ الفاسد بينهما [نصفين][1]، لأن عنده حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، والمضمون بالدَين نصفه، فكان له أن يجعل نصفه بالدَين.

وقال أبو يوسف: للراهن أن يضمن المرتهنَ نصف كرّ مثل المقبوض، ويميّز نصف الكرّ الفاسد، فيضمّ إلى ما ضمن، فيكون رهنا عند المرتهن، وهو والانكسار في القلب سواء على ما بيّنّا.

ولم يذكر قول أبي حنيفة، واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: عند أبي حنيفة يغرم المرتهن كرّا مثل المقبوض، ويصير الفاسد ملكا له بالضمان، كما في القُلْب إذا انكسر.

وقال القاضي الإمام أبو عاصم العامري[2] رحمه الله: عند أبي حنيفة يضمن

---

(١) في الأصل: "نصفان"، وما ثبت من (ج) و (د)، وهو الصحيح.

(٢) هو محمد بن أحمد، القاضي، الإمام، أبو عاصم، العامري، وفي «الجواهر المضية: كان

المرتهن نصف الكرّ المقبوض كما هو قول أبي يوسف، وهو الصحيح، لأن عند أبي حنيفة يعتبر الوزن[1]، ولا تعتبر الجودة في الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها. أما عند اختلاف الجنس تعتبر الجودة، والحنطة ليست من جنس الدراهم، فيجب اعتبار الجودة، فكان المضمون بالدَين نصف الكرّ؛ لأن فيه وفاء بالدَين، فعند فساد الكرّ لا يضمن أكثر من نصف الكر، بخلاف مسألة القُلب.

وإذا غرم نصف كرّ جيد يساوي مائة، يقسّم الدَين على نصف كرّ فاسد يساوي خمسين، وعلى نصف كرّ جيد يساوي مائة، فيقسّم الدَين بينهما أثلاثا، ثلثاه في الجيد، وثلثه في الفاسد، كالجارية المرهونة إذا ولدت ولدا يساوي خمسمائة، وقيمة المرهونة ألف، ينقسم الدَين بينهما أثلاثا.

ثم شنّع محمد على أبي يوسف رحمه الله، فقال: لو أصاب هذا النصف الجيد ماء، ففسد[2]، وقد كان ثلثا هذا النصف مضمونا، وثلثه إمانة، لأن ثلث الدين كان في النصف الفاسد، ففي قياس هذا القول إذا فسد النصف الجيد، يميز منه ما كان أمانة، وهو ثلث النصف الجيد، ويقوّم ثلثي هذا النصف، ويكون ما ضمن رهنا عنده مع الطعام الفاسد، فإن أصاب الجيد ماء بعد ذلك فافسده، يعزل منه قدر الأمانة، ويضمّ إلى الطعام الفاسد،

قاضيا، إماما بدمشق، ومن تصانيفه المبسوط نحو من ثلاثين مجلدا، وذكر التقي التميمي أنه يقال له: "أبو عاصم" و"أبو عصمة"، ونقل اللكنوي عن السمعاني أن العامري نسبة إلى عامر بن لؤي وعمر بن صعصعة وعامر بن عدي.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٩٣٨، «الطبقات السنية» برقم ١٨٨٣، «الفوائد البهية» ص ١٦٠، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٢٩.

(١) في (ج) و (د): "المعتبر هو الوزن".

(٢) في (ج) و (د): "وفسد".

فلا يزال يدور هكذا إلى أن لايبقى من الطعام الجيد إلا قفيزا وشيء يسير، فيجبر الراهن على أن يفتك الطعام الفاسد بجميع دينه، وفيه من الضرر ما لايخفى.

وأبو يوسف يجيب عن هذا، فيقول: مثل هذا جائز عند قيام الدليل، ألا ترى أنه لورهن جارية تساوي ألفا فتراجع سعرها إلى مائة، يجبر الراهن على الفكاك، وكذا لو قتلها عبد قيمته[1] مائة، ودفَع بها حتى صار رهنا مكان الجارية، فإنه يجبر الراهن على الفكاك.

وإن كان رهَنَ ألفا، وافتَكّ مائة، فإن كان الدين كرّ حنطة رديء يساوي مائة، فرهن به نصف كرجيّد يساوي مائة، فإن هلك يصبر مستوفيا نصف دينه باعتبار القدر، ويبقى على الراهن نصف كرّ رديء.

وعندهما: يغرم المرتهن نصف كرّ جيد دفعا للضرر، وهو والقُلب سواء، وإن أصابه ماء ففسد، يغرم المرتهن مثل ما قبض نصف كرّ جيّد في قولهم، ويكون الفاسد للمرتهن بالضمان، والفساد في الحنطة بمنزلة الانكسار في القلب، وثمّة عند أبي حنيفة وأبي يوسف في الانكسار يضمن القيمة، فكذلك هنا[2].

وعند محمد: في القلب تعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك، فكذلك في الفاسد تعتبر حالة الفساد بحالة الهلاك.

فإن[3] ملك المرتهن الفاسدَ بالضمان، وقبضه، فوجده بسبب الابتلال زائدا بقفيز أو قفيزين، ينبغي له أن يتصدق بالفضل، لأنه ملك بنصف الكر نصف كرّ وزيادة، فيؤدي

---

(١) في (ج) و (د): "يساوي".

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦٢.

(٣) في (ج) و (د): "وإذا".

إلى الربا، إلا أن هذه المقابلة لم تكن مشروطة فتوجب الخبث، ولاتمنع الجواز، فيستحبّ له التصدق، وهو المغصوب سواء.

ولو كان الدين كرّ حنطة رديّة تساوي مائة، فرهنه بها كحنطة جيدة يساوي مائتين، فإن هلك هلك بالدين في قولهم، وإن فسد يضمن المرتهن كرا جيدا في قول أبي حنيفة، لأنه يَعتبر القدرَ إذا رهن بجنسه، ويجعل الجودةَ مضمونةً تبعا للقدر.

وعند أبي يوسف: يضمن نصفه؛ لأنه يجعل الجودة كعين مال قائم، فتشيع الإمانة والضمان فيهما.

وعند محمد: إن كان النقصان إلى مائة أجبر الراهن على الفكاك، وإن زاد على ذلك، إن شاء افتكه، وإن شاء جعله بالدين، وهو وما تقدم سواء.

ـ والله أعلم ـ

باب من الرهن ينتقص في السعر أو في البدن

بنى الباب على أصل: وهو أن ضمان الرهن ضمان قبض حتى يثبت بالقبض، ويبقى ببقائه، فكلّ ما يدخل في القبض بقدر الدين يكون مضمونا، وما لا فلا[١].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل رهن عند رجل عبدا يساوي ألفا بألف، فانتقص شيء من عينه[٢]، ذهب من الدين بقدره؛ لأنه فات بعض ما ورد عليه القبض، ولو ذهب كله يذهب كل الدين[٣]، فإذا ذهب بعضه يذهب بقدره، كما في الغصب، ولا خيار للراهن قلّ النقصان أو فحش.

فرّق بين هذا وبين الغصب: في الغصب إذا فحش النقصان يخيّر المالك، إن شاء ضمنه كل القيمة، وترك المغصوب، وإن شاء أخذ المغصوب، وهنا لا خيار للراهن فيما بقي.

والفرق: أن ضمان الغصب ضمان استهلاك، والنقصان الفاحش استهلاك حكما، فكان له أن يضمنه جميع القيمة، أما ضمان الرهن ضمان استيفاء، لا ضمان استهلاك، لأن هذا قبض حصل بإذن المالك، إلا أن الاستيفاء من خلاف الجنس لا يكون [إلا][٤]

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٥.

(٢) سواء كان النقصان في قدره أو وصفه، كما صرح به قاضي خان في فتاواه، راجع «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٩.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٤، ١٥٥.

(٤) "إلا" ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ا) و (ب) و(ج)، و الكلام لا يستقيم بدونه.

بطريق الضمان، فكان الضمان من ضرورات الاستيفاء، وشرط تقرّر الاستيفاء الهلاك، فبقدر ما بقي لم يتقرّر الاستيفاء، فلا يتخيّر الراهن بل يجبر على الفكاك.

هذا إذا انتقص شيء من[١] عينه، فإن انتقص سعره لا عينه، فصار يساوي مائة، يجبر الراهن على الفكاك، ولا يسقط شيء من الدين عندنا[٢].

وذكر في "كتاب الرهن": على قول زفر يسقط من الدين بقدره[٣].

وجه قوله: إن المضمون مالية الرهن لاعينه؛ لأنه عقد استيفاء، والاستيفاء يكون من المالية لا من العين، وقد فات بعض المالية، فيسقط من الدين بقدر ما فات[٤].

ولنا: أن ضمان الرهن ضمان قبض، والمقبوض قائم لم ينتقص، لأن نقصان السعر لايتعلق بالعين، بل هذه فترة يحدث[٥] الله في قلوب العباد، فتَقلّ قيمته بقلّة الرغائب[٦]، وتزداد بزيادتها، ولهذا لايعتبر هذا النقصان في فصل[٧] الغصب، بخلاف

---

(١) "من" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٩.

(٣) «المبسوط» ٢١/ ١٠٥.

(٤) الإمام زفر رحمه الله قاسَ هذه المسألة على نقصان العين، ولو نقصت العين هلك مايقابل النقص، فلو كان الرهن شاتين، كل واحدة بعشرة، فهلكت واحدة سقط ما يقابلها من الدين، فكذلك هنا، لأن المعتبر في المرهون القيمة دون العين، فمن هنا اختلف الرهن عن سائر الضمانات، أما ضمان الغصب فهو ضمان للعين ذلك، لأنه مطالب أن يردّ عين المغصوب، فإذا تعذر ردّ القيمة، وكذلك ضمان البيع. «المبسوط» ٢١/ ١٠٥.

(٥) في (ج) و (د): "يحدثها".

(٦) في (ج) و (د): "الرغبات".

نقصان العين؛ لأن الأجزاء والأوصاف تفرد بالقبض، فتفرد بضمان القبض[1].

وإن اعتبرنا ضمانَ الرهن بضمان العقد، فنقصان السعر لايؤثّر في ضمان العقد، ولهذا لو انتقص سعر المبيع قبل القبض لا يتخيّر المشتري، ويتخير في نقصان العين.

فإن تراجع سعر الرهن إلى مائة، ثم قتله عبد يساوي مائة خطأً، ودفع به يجبر الراهن على أن يفتكه بجميع الدين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وفي قول[2] محمد يخيّر الراهن إن شاء افتكّه بالدين، وإن شاء جعله بالدين، لأن ضمان الرهن إما أن يعتبر بضمان العقد أو بضمان القبض، وبأيّهما يعتبر يثبت الخيار، فإنه لو اشترى عبدا يساوي ألفا، وقتله عبد يساوي مائة قبل القبض، ودفع به، يخير المشتري وكذا لو قتل المغصوب عبد قليل القيمة، ودفع به يخيّر المالك، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه على الغاصب بالقيمة، كذلك هنا.

ولهما: أنه لاوجه لتمليك الرهن بالدين، لأن ذاك حكم باطل على ما ذكرنا، وعقد الرهن لا يفيد ملك الرهن، بخلاف الغصب، فإنه يملك العين بالضمان، ولهذا لو عاد المغصوب من الإباق بعد ما قضى القاضي على الغاصب بالقيمة، عاد على ملك الغاصب،

---

(٧) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(١) وهذا الراجح لأن نقصان السعر وغَلائه ليس في يد أحد، لأن ذلك راجع إلى رغبات الناس في العين، ، فكلما زادت الرغبة زاد السعر، وكلما قلت الرغبة قل السعر كذلك، وإن اختلاف الأوقات والمواسم والأماكن له أثر في ذلك، فلو قلنا بضمانه من قِبل المرتهن يتضرر بذلك، ويؤدي إلى سدّ باب الرهن والمعاملات، لأن الشخص لايبيع بالرهن إذا علم أنه مؤاخذ بنقصانه، فيوقع الناس في حرج. انظر «المبسوط» ٢١/ ١٠٥.

(٢) في (ج) و (د): "عند"

وبخلاف تمليك المبيع من البائع، فإن ذلك ممكن، فإنهما لو تفاسخا البيع يعود المبيع إلى ملك البائع، أما ضمان الرهن لا يوجب ملك الرهن بحالٍ ما، فإذا تعذر الجعل بالدين تَعيّن الفكاك، ولا يسقط شيء من الدين.

وعند زفر: يسقط من الدين تسعمائة؛ لأن الثاني قام مقام الأول لحما ودما، فصار كأن الأول قائم، وتراجع سعره إلى مائة، عندنا لا يسقط، فهذا كذلك.

وإن قتله حرّ خطأ بعد ما تراجع سعره إلى مائة، وغرم القاتل مائة يأخذ المرتهن المائةَ بالمائة من دينه، ويذهب باقي الدين، بخلاف ما لو قتله عبد قيمته مائة، فإنه لا يذهب شيء من الدين عندنا.

والفرق بينهما أن المائة لا يتصور أن تكون مضمونة بألف، فلا يستوفى بالمائة إلا مائة، فلا يمكن القول ببَقاء ما زاد عليها من الرهن، فالزيادة على المائة تلَفت في ضمان المرتهن، فيسقط ما يقابلها من الدين ضرورةً.

أما العبد وإن قلّت قيمته، فهو ليس من جنس الدين، أمكن استيفاء الألف منه، فجاز أن يقوم العبد مقام الرهن، فلا يظهر هلاك الرهن حتى لو غرم الحر القاتل القيمة من الدنانير، أو كان القاتل من أهل الإبل والغنم، فقضى القاضي عليه بالإبل والغنم، افتكه الراهن بجميع الدين، لأن استيفاء الألف من الحيوان والدنانير العشرة ممكن، فجاز أن يقوم الثاني مقام الأصل[1].

قال: ولو كان الدين من خلاف جنس ما غرم القاتل بأن كان الدين حنطةً، فأراد المرتهن أن يأخذ ذلك قضاء من دينه، لا يملك ذلك، لأن الاستيفاء من خلاف الجنس لا يكون إلا بطريق المعاوَضة، والمعاوَضة تعتمد التراضي.

---

(١) في (ج) و (د): "الأول".

ثمّ عند محمد: كل شيء دفع المرهون ما ليس من جنس الدين، قلّت قيمته أو كثرت، يخير فيه الراهن، إن شاء افتكه بالدين، وإن شاء جعله بالدين.

واستشهد محمد لتصحيح مذهبه بمسائل:

منها: رجل رهَن عبدا يساوي ألفا بألف، فقتلته جارية المرتهن، وهي تساوي مائة، فقال الراهن: لا حاجة لي في جاريتك، وإنما أجعل الرهنَ بما فيه، أما كان له ذلك، قالوا: لا نصّ عن أبي حنيفة، فيحمل على الخلاف.

ومنهم من فرّق لأبي حنيفة وأبي يوسف بين المسئلتين، فقال: الجارية الجانية ملك المرتهن، فليس في تركها تمليك الرهن من المرتهن بدينه، بل هذا إبراء الجارية الجانية عن الجناية، وامتناع عن المطالبة بالدفع، فإذا فات الدفع بطلت الجناية، ويصير العبد هالكا في ضمان المرتهن من غير جناية، فيهلك بالدين.

أما هنا العبد المدفوع بالجناية كان ملكا للراهن، فتركُه على المرتهن تمليك منه بالدين، وذلك باطل.

واستشهد محمد أيضا بمسئلة البيع فقال: لو أن رجلا اشترى عبدا من رجل، وتقابضا، فوجد به العبد[1] عيبا، فردّه بقضاء، وأمسك العبدَ حتى يقبض الثمن، فقتل العبدَ جاريةٌ في يد المشتري، ودُفعت به، يخيّر البائع، إن شاء أخذ الجارية، وأدّى الثمن، وإن شاء ترك الجارية عليه بالثمن، والمحبوس بالثمن حُكمه حكم الرهن.

فمن أصحابنا من قال: لا يُعرف هذا من أبي حنيفة، فيحتمل أن يكون هذا والرهن سواء.

ومنهم من فرّق بينهما، فقال: إن عقد البيع أوجَب التمليك من المشتري، فردّ

---

(١) في (ج) و (د): "به عيبا".

المشتري لايتمّ إلا بشرط سلامة العبد للبائع، فإذا لم يسلم يبطل الردّ، فعاد العبد إلى ملك المشتري، فلم يكن هذا تمليكا مبتدأً، بخلاف مسئلة الرهن.

واستشهد أيضا: بما لو قَتله المرتهن خطأً، ووجبَت القيمة على العاقلة، فقال الراهن: أنا لا آخُذ من العاقلة شيئا، وأبرئهم، لا يرجع المرتهن بدينه، ولا يرجع على العاقلة أيضا بشيء بقتلٍ باشَره؛ لأن العاقلة يتحمّلون عنه، ولا يتحمّلون له، فيصير العبد هالكا بالدين.

وكذا لو قتله المرتهنُ عمداً بعد ما تراجع سعره إلى مائة، فإنه لايجب عليه القصاص؛ لأن القصاص لا يجب على المرتهن بقتل الرهن، ولكن تجب القيمة في ماله، فلو كان الدين أكرار حنطة قيمتها ألف، يستحيل أن يأخذ الراهن مائة، ويؤدي أكرارا قيمتها ألف، وقد هلك الرهن بفعل المرتهن.

ولكن يجاب عن هذا فيقال: إنما جاء هذا من قِبل تراجع السعر، وقد كان يلزمه أن يفتكه بجميع دينه قبل القتل.

ولو ارتهن عبدا يساوي ألفين بألف، فقتلته جارية تساوي مائة، ودُفعت به، يجبر الراهن على أن يفتكها بألف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن المدفوعة قامت مقام المقتول، وصار كأن المقتول قائم، وتراجع سعره، وثمّة يجبر الراهن على الفكاك في قولهما.

وعند محمد يتخيّر الراهن، إن شاء افتكها بالدين، وإن شاء جعل نصفها بالدين، وأخذ نصفها؛ لأن نصفها مضمون بالدين، ونصفها أمانة.

ـ والله أعلم بالصواب ـ

باب الرهن الذي يكون فيه استهلاك الزيادة

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أنّ ولد الرهن رهن تبعا، ويصير مقصودا إذا بقي إلى وقت الفكاك حَقيقة أو حكما ببقاء بدله[1].

والثاني: أن إتلاف المرتهن الزيادة بإذن الراهن كإتلاف الراهن[2]، لأن الراهن أذن بإتلاف ملك نفسه، فصح[3] إذنه، وانتقل فعل المرتهن إليه.

ولو أتلفه الراهن بنفسه يضمن[4]، ويصير الولد مقصودا إذا بقي الضمان إلى وقت الفكاك، فكذلك إذا أتلفه المرتهن بإذن الراهن.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

---

(١) ذكره قاضي خان في فتاواه كضابط عام: "ما يتولّد من من الرهن كاللبن والولد والصوف والثمر والأرش، يكون رهنا مع الأصل"، وللمرتهن أن يمسك الكل إلى أن يستوفي دينه، ولا يسقط بهلاك الزيادة شيء من الدين إذا هلك قبل فكاك الأصل. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٤ و ٦٠٢. وذكره الحصكفي نقلا عن «مجمع الفتاوى» بقوله: "الأصل: أن كل ما يتولّد من عين الرهن يسري إليه حكم الرهن، وما لا فلا". «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢١.

(٢) انظر «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢، ٥٢٣. دار الفكر.

(٣) في (ج) و (د): "فيصح".

(٤) أي: إذا أتلفه الراهن بدون إجازة المرتهن، لأنه تعلّق به حق المرتهن، فيضمن. ذكره ابن عابدين نقلا عن «العناية». راجع «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢.

رجل رهن شاة تساوي عشرة بعشرة دراهم، وأذن الراهن للمرتهن في أن يحلب لبنَها، ويشرب ويأكل[1]، ففعل ذلك، لا ضمان عليه[2]، لأنه أتلف ملك الراهن بإذنه.

فإن حضر الراهن افتكّ الشاة بجميع الدين، لأن إتلاف المرتهن الزيادة بإذن الراهن انتقل إلى الراهن، فصار الراهن مستردًا لما أتلفه المرتهن، فإذا أخذ الشاة صار مستردًا كل الرهن.

وإن هلكت الشاة قبل أن يحضر الراهن، ثم حضر، يقسم الدين على قيمة الشاة، وعلى قيمة اللبن[3]، فتسقط حصة الشاة، ويقضي حصة اللبن؛ لأن إتلاف المرتهن انتقل إلى الراهن، وصار[4] الراهن مستردًا لما إتلفه المرتهن، فصار له قسط من الدين.

فإن كانت قيمة اللبن[5] خمسة كان ثلث الدين بمقابلة اللبن، وثلثاه بمقابلة الشاة، فيقضي ثلث الدين، ويسقط ثلثاه.

وكذا لو ولدت الشاة جَديا، فأكله المرتهن بإذن الراهن، ثم هلكت الشاة، هلكت بحصتها من الدين، لما قلنا في اللبن[6]، ذكَر الشاةَ، وأرادبها "المَعز" حيث سمّى الولد

---

(١) "ويأكل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) كذا في «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٤.

(٣) كذا في «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٤، وقال: "وعلى هذا جميع النماء والزيادة".

(٤) في (ج) و (د): "فصار".

(٥) في (ج) و (د): "الدين" وهو خطأ.

(٦) عكس الناسخ في الأصل ففيه: "بحصتها من اللبن، لما قلنا في الدين"، وما ثبت من (ا) و (ب) و (ج) و (د) أصح.

"جديا"[1]، وهو الظاهر، لأن المَعز هو الذي يقتنى للبن.

وكذا لو أذن الراهن والمرتهن أجنبيا بذلك، فحلب الأجنبي، وأكل؛ لأن فعل الأجنبي بإذنهما كفعل الراهن.

وإن استهلك المرتهن بغير إذن الراهن ضمن[2]، لأنه أتلف ملك الغير بغير إذنه فيضمن، ويكون الضمان رهنا مع الأصل؛ لأنه بدله.

وإن هكلت الشاة سقطت حصتها من الدين، ويفتكّ الضمان بقسطه من الدين.

وإن أتلفه الراهن ضمن أيضا[3]، لأنه أتلف محلا تعلّق به حق المرتهن، فكان ملحقا بالملك [بالدين][4] في استدعاء الضمان، ويكون الضمان محبوسا عند المرتهن مع الشاة[5].

فإن هلك الضمان عند المرتهن هلك هدرا؛ لأنه قام مقام الأصل، فكان هلاكه كهلاك الأصل، ولو هلك الولد أو اللبن عند المرتهن كان هدرا، فكذلك بدله.

بخلاف ما إذا أكله المرتهن بإذن الراهن، أو الأجنبي بإذنهما، لأن ذلك لايوجب ضمانا على الراهن لتراضيهما بالإتلاف، فكان ذلك استردادا أو فكاكا للزيادة ضرورةً،

---

(١) "الجَدي": هو الذكر من أولاد المعْز، والأنثى "عَناق"، ذكره الفيومي وعزاه إلى ابن الأنباري، وقال المطرزي: "الجَدي": من أولاد المعز في السنة الأولى. انظر «المغرب» ١/ ١٣٥. «المصباح المنير» ١/ ٩٣.

(٢) كذا في «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٠٤، و«ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢.

(٣) انظر «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) انظر «ردّ المحتار» ٦/ ٥٢٢.

وما يضمن المرتهن من قيمة الولد يصير قصاصاً بدينه إذا حلّ الدين وبإتلاف اللبن يضمن مثلها، فلا يصير قصاصا بالدين لانعدم المجانَسة.

باب من الرهن الذي يكلّف صاحبه لإحضاره حتى يعطي ماله والذي لايكلّف

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن القاضي نُصِب ناظرا للمسلمين، فيلزمه العدل والتسوية في إيفاء الحقوق.

والثاني: أن الرهن يشبه المبيع؛ لأنه محبوس بالدين عوض عنه من وجه، فما دام يلزمه تسليم الرهن بعد اقتضاء الدين لايملك قبض الدين إلا بحضرة الرهن[1]، اعتبارا لمعنى البيع، ومتى سقط عنه تسليم الرهن كان له أن يقبض الدين.

وسقوط تسليم الرهن لايوجب سقوط الدين[2]، لأنه ليس بعوض من كل وجه.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل رهن جارية تساوي ألفا بألف درهم، فجاء المرتهن يطلب دينَه، فقال الراهن: لا أعطيك الدين حتى تُحضر الرهن، أمر المرتهن بإحضارها[3]؛ لأن الرهن مضمون

---

(١) لكن المرتهن إذا أحضر الرهن، لايؤمر بالتسليم، ويقال للراهن: سلّم الدين أوّلا، كما في البيع، يؤمر المشتري بتسليم الثمن أولا. انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

(٢) ويلحق به ضابط آخر: "تأخّرُ تسليم الرهن لايوجِب تأخّر الدين"، ذكره قاضي خان في آخر هذا الباب، ص . .

(٣) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

بالدين، فكان بمنزلة العوض، وفي باب[1] البيع لايطالب المشتري بأداء الثمن إلا بعد إحضار المبيع تحقيقا للتسوية، فكذلك هنا إذا كان المرتهن قادرا على إحضار الرهن لايطالب الراهن بقضاء الدين قبل إحضار الرهن.

ولأنه لو أمر بقضاء الدين قبل إحضار الرهن ربما يهلك الرهن بعد ذلك، أو يكون هالكا قبل ذلك، فيصير مستوفيا دَينه من وقت العقد، كان هذا أمرا بقضاء الدين مرّتين، وذلك باطل، فيؤمر المرتهن بإحضار الرهن ثم يقال: سلّم الدين أوّلا ليتعيّن حق المرتهن، كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية، كما في باب البيع[2].

ولأن المرتهن لو ردّ أولا، فلو مات الراهن بعد ذلك، وعليه ديون، كان المرتهن أسوة للغرماء في ذلك الرهن، فيبطل بعض حقه.

ولو قضى الراهن الدينَ أوّلا، ثم مات المرتهن، وعليه ديون، لايتعلّق حق غرمائه بالرهن، فلايؤدي إلى إبطال حق الراهن.

ولو رهن جارية تساوي ألفا بألف، وجعل المرتهن مسلّطا على بيعها إذا مضى أجل كذا، فمضى الأجل، فباعها بأجل شهرا ونحوه، فهو جائز.

أما عند أبي حنيفة: فلأن التوكيل مطلق، فيملك البيع بالنقد والنسيئة، سواء كان الأجل متعارفا أولم يكن.

وعند أبي يوسف ومحمد: الوكيل بالبيع يملك البيع بالأجل المتعارف، فإذا باعها بأجلٍ شهرا وشهرين جاز عند الكل[3].

---

(١) "باب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

(٣) وهذه ظاهر الرواية، حيث يجوز للوكيل أن يبيعه بالنقد والنسيئة. انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/

فرّق بين هذا وبين مالو قال لغيره: "بع عبدي فإني أحتاج إلى النفقة"، أو قال: "فإن غرمائي يلازموني"، فباع بالنسيئة لايجوز.

والفرق أن[1] في هاتين المسئلتين: أمَر بالبيع لحاجته إلى النفقة، ودفعِ الملازمة، وذلك لايحصل بالنسيئة، فكان تقييدا بالثمن المعجل.

أما هنا وكّله بالبيع مطلقا، ولو كان التوكيل لغرض استيفاء الدين فذلك يحصل بالثمن المؤجل، فلايتقيّد بالمعجل.

فإن نهاه عن البيع بالنسيئة بعد عقد الرهن والتسليم [إليه][2]، لايصح نهيه، بخلاف سائر الوكالات؛ لأن هذه وكالة ثبتت في ضمن عقد لازم، وهو الرهن، فإذا لزم أصلها لزم وصفها واتباعها، فكما لايملك منعه عن البيع لحق المرتهن لايملك التقييد؛ لأنه عزل عن أحد البيعين، إلا إذا كان التقييد بالمعجل في عقد الرهن فحينئذ لايملك البيع نسيئةً، لأنه ما وكله إلا بنوع واحد.

وإذا صح البيع نسيئة، ثم جاء المرتهن يطلب دينه، فقال الراهن: لاأعطيك الدين حتى تحضر ثمن الرهن، أجبر الراهن على قضاء الدين[3]؛ لأن الرهن إنما صار دينا بتسليط الراهن وأمره، وأحد عوضي البيع إذا تأخّر بدليل يخصّه بأن باعه بثمن مؤجّل، أوكان البيع سلَما، لايتأخر تسليم العوض الآخر مع أن البيع معاوَضة محضة، فلأن لايتأخر هنا كان أولى.

٦١٠.

(١) سقط "أن" في (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) فلا يجوز للراهن أن يمتنع عن قضاء الدين قبل إحضار الثمن. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

وكذا لو باعه بثمن حالٍّ غير مؤجل، فقال الراهن: لاأعطيك الدين حتى تنقد الثمن، وتدفعه إليّ، لايلتفت [إليه][1]، ويجبر على أعطاء الدين؛ لأنه لما باع بإذن الراهن خرج المبيع من أن يكون رهنا، كأنهما تفاسخا عقد الرهن في المرهون، ويصير الثمن رهنا بتراضيهما ابتداءً لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن.

قال: ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين كان النقصان على الراهن، ولايبطل شيء من دين المرتهن، علم أن الأول خرج عن الرهن بطريق الفسخ، وصار الثمن رهنا ابتداءً لا بطريق الانتقال، إذ لوكان بطريق الانتقال وجب أن ينتقل إلى الثمن بقدره، ويسقط قدرالنقصان عن دين المرتهن.

ولو تفاسخا الرهن حقيقة، ثم رهن الثمن الذي في ذمة المشتري ابتداء بدينه، لم يكن على المرتهن تسليم الثمن لقضاء الدين، ولايتوقف عليه كذلك هنا، فكان على المرتهن أن يقبض الثمن من المشتري، ويدفعه إلى الراهن، لأنه هو العاقد، فكان القبض إليه.

فإن تَوِيَ الثمن على المشتري، أو في يد المرتهن، يردّ المرتهن على الراهن ما قبض منه؛ لأن حكم الرهن لما ثبت في الثمن صار كأنه رهن الثمن بالدين، وجعله على يد عدل، وهناك إذا هلك الرهن كان على المرتهن ردّ ما قبض حتى لايتكرر الاستيفاء، كذلك هنا.

فإن قال الراهن كيف أعطيك الدين، والثمن في ضمانك؟ لايلتفت إليه، بل يقال له: نعم! لكن لما باع بأمرك، وصار الرهن دينا باختيارك، صار في الحكم كأنك رهنته، ولم تسلم بل وضعته على يد عدل، فلايجب عليه التسليم، ويكون التّوى على المرتهن.

---

[1] ما بين المعكوفتين أضفناه من (ج) و (د).

ولو رهن جارية بألف، ووضعها على يد عدل، فغاب العدل، وأودعها عند زوجته، أو عند ولده الذي في عياله، ثم جاء المرتهن يطلب دينه[1]، فقال الراهن: لاأعطيك الدين حتى يحضر الرهن، ويقول المودَع: أودَعني فلان، ولا أدري لمن هي؟ قال[2]: يجبر الراهن على تسليم الدين[3]؛ لأن المرتهن لم يقبض شيئا، [ليجب عليه تسليمه][4]، فلايجب عليه الإحضار، وكيف يلزمه التسليم والإحضار.

وفائدة الوضع على يدي العدل أن يكون ممنوعا محفوظا عن الراهن والمرتهن، وإذا هلك يكون الهلاك على المرتهن، فإن هلك الرهن في يد المودع رجع الراهن على المرتهن بما أعطاه، لأن هلاكه في يدي العدل كالهلاك في يد المرتهن.

وكذا لو غاب العدل بالرهن، ولا يدري مكانه، يجبر الراهن على تسليم الدين[5]، لما قلنا.

فإن ادّعى الراهن هلاك الرهن يستحلف المرتهن[6]، لأنه ادعى عليه مالوأقرّ به تبطل المطالبة بالدين، فإذا أنكر يستحلف، ويستحلف على العلم[7]: "بالله ما يعلم أن الرهن

---

(١) في (ج) و (د): "بطلب الدين".

(٢) أي الإمام محمد رحمه الله.

(٣) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١٠.

(٤) كانت العبارة في الأصل: "فلا يجب عليه تسليم الرهن" وما أثبت من (ج) و (د) أولى وأنسق للكلام.

(٥) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٦) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٧) المرجع السابق.

قد هلك" ، لأنه يدعي الهلاك في يد غيره، فيستخلف على العلم، فإن حلَف، قبَضَ الدينَ، وإن نكل لايأخذه[1].

وإن كان الذي أودَعه العدل جحَد، وقال: هو مالي، لم يأخذ المرتهن دينه حتى يثبت الرهن[2]، لأنه لما جحد الوديعةَ فقد تَوى، والتوى يكون على المرتهن.

ولو كان المرتهن هو الذي قبض الرهن، وهو عبد قيمته ألف درهم مثل الدين، فقتله رجل خطأ، غرم القاتل قيمته في ثلاث سنين[3].

فإن أراد المرتهن أن يأخذ دينه، فقال الراهن: لاأعطيك الدين حتى تحضر القيمة، لايجبر الراهن[4] على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة[5]، بخلاف ما تقدم؛ لأن هنا صيرورة الرهن دينا لم تكن بإيجاب الراهن، ولا باختياره، فصار عذرا في حقه بخلاف البيع.

فإن أحضر[6] المرتهن بعض القيمة لايجبر الراهن على قضاء شيء من الدين، لأن القيمة خلف عن العين، ولو كان العين قائما، وهو متفرق أو مجتمع، لايجبر الراهن على قضاء شيء من الدين حتى يحضر كل الرهن، فكذلك هنا.

---

(١) أي: إن حلف يجبر الراهن على قضاء الدين، وإن نكل لم يجبر. انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٢) وهو الوديعة. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٤) "الراهن" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٦) في الأصل: "حضَر"، وما ثبت من (ج) و (د) أصح.

فإن كانت القيمة من جنس الدين، فكلما حل شيء اقتضاه المرتهن بدينه[١]؛ لأنه ظن بجنس حقه.

وإن كان القاضي قضى بالقيمة من الإبل أو الغنم أو البقر، كان ذلك رهنا بالدين[٢]، يحبسه بدينه، فيه دليل على أن القاضي يقضي بالحيوان في قيمة العبد.

رجل رهن عند إنسان شيئا، ثم لقيه المرتهن في غير ذلك المصر، وطالبه بقضاء الدين، فإن كان الرهن شيئا له حمل ومؤنة، أجبر الراهن على قضاء الدين، ولا يؤمر المرتهن بإحضار الرهن[٣].

لأن عين الرهن أمانة في يده، ولهذا كان الكفن على الراهن، فلا يجب عليه الردّ، إنما يجب عليه التسليم، والنقل من بلد إلى بلد من باب الردّ لا من باب التسليم، فلو وجب عليه الرد كان له أن يرجع بذلك على الراهن، فلا يجب، فإذا لم يجب عليه تسليم الرهن في هذا المكان، لايجب عليه الإحضار، فكان له أن يطالبه بالدين، كما لو كان الرهن في يد عدل، ولكن يحلف المرتهن: "بالله ما هلك الرهن"[٤]؛ لأنه غائب يحتمل الهلاك، فيحلف على ذلك إذا طلب الراهن[٥].

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١، الفروق للكرابسي ٢/ ٢٨٧.

(٤) جاءفي الفروق: له أن يأخذالدين من الراهن بعد أن يحلف: "بالله ماتوى رهنك". «الفروق»٢/ ٢٨٧.

(٥) كما لو ادّعى الراهن أن الرهن قد هلك، فيحلف المرتهن، فإن حلف يجبر الراهن على قضاء الدين، وإن نكل لايجبر. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

وإن كان الرهن شيئا ليس له حمل ومونة، ولقيه في غير المصر، في القياس يجبر الراهن على قضاء الدين من غير إحضار الرهن[1]، لما ذكرنا أنه ليس عليه تسليم الرهن في غير مكان العقد.

وفي الاستحسان لايجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر الرهن[2]؛ لأن سائر الأماكن فيما لاحمل له ولا مؤنة بمنزلة مكان واحد، ولهذا لو أسلم فيما لاحمل له، ولامؤنة لايشترط لصحة السلم[3] بيان مكان الإيفاء في قول أبي حنيفة، ويشترط فيما له حمل ومؤنة.

رجل له على آخر ألف درهم منجّمة يؤدي إليه كل شهر كذا، فرهنه بذلك رهنا، فلما حلّ نجمٌ طالبه بذلك القَدر، فقال الراهن: لا أعطيك شيئا حتى تحضر الرهن، فإن كانا في غير مِصرِهما لايجبر المرتهن على إحضار الرهن[4]؛ لأنه ليس على المرتهن تسليم الرهن عند قبض البعض، وإنما يجب عليه التسليم عند قبض الكل، لأنه محبوس لكل جزء من أجزاء الدين، وإذا لم يجب عليه التسليم لايؤمر[5] على الإحضار، ولكن إذا ادّعى الهلاك حلفه[6].

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٣) "السلم" ساقط من (ج)، وفيه: لصحته.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٥) في (ج) و (د): "لا يجبر".

(٦) أي: حلّف المرتهن. انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

وإن كانا في مصرهما، في القياس لايجبر المرتهن[1] على الإحضار[2]؛ لما قلنا أنه ليس عليه التسليم عند قبض البعض.

وفي الاستحسان يجبر[3]؛ لأن المصر كله مكان واحد، فصار كأن الرهن في يده، ولا ضرر في إحضاره، وفي إحضاره فراغ قلب الراهن، وصيانة القضا عن البطلان؛ لاحتمال هلاك الدين[4]، وفيه سقوط اليمين عن المرتهن.

وإن شاء القاضي حلفه، ولم يكلّفه إحضاره[5]؛ لأنه لو أحضره ربما يأخذ منه بقوة أعوان السلطان ونحوه، فكان نظره في التحليف دون الإحضار، فيقطع الخصومة بينهما بما يرى.

ولم يفصّل هنا بين ماله حمل و مؤنة، وبين مالا حمل له ولامؤنة إذا التقيا في غير مصرهما، ويحتمل أن يكون هذا جواب القياس، وفي الاستحسان يفترقان، والأشبه أن يسوّي بينهما إذا التقيا في غير مصرهما[6]؛ لأنه ليس عليه تسليم الرهن في هذا الفصل، فلا يؤمر بالإحضار.

رجل اشترى شيئا، ولم يقبضه، ولم ينقد الثمن حتى لقيه في غير مصرهما،

---

(١) "المرتهن" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٤) العبارة في (ج) و (د): "لاحتمال سقوط الدين بالهلاك".

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٦) ولذا قال قاضي خان في فتاواه: والظاهر أنه لايجبر على الإحضار في غير مصرهما. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

فطالبه[1] البائع بالثمن، فقال المشتري: لا أدفع إليك الثمن حتى تحضر المبيع، لا يجبر المشتري على دفع الثمن حتى يحضر المبيع، ، سواء كان المبيع له حمل ومؤنة، أو ليس له حمل ومؤنة[2].

فرق بين هذا[3] وبين الرهن، والفرق: أن البيع معاوضة من كل وجه، وإنما يوجب تسليم الثمن على المشتري بإزآء تسليم المبيع على البائع، فإذا تأخّر قبض أحدهما بغير اختيار العاقد تأخر الآخر تحقيقا للتسوية[4].

أما الرهن ليس بمعاوضة من كل وجه، وحق المطالبة بتسليم الدين ما وجب بعقد الرهن، بل كان ثابتا قبل الرهن، فتأخّرُ تسليمِ الرهن لايوجِب تأخر الدين[5].

---

(١) في (ج) و (د): "فطالب البائع"، وهو خطأ.

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٣) في (ج) و (د): "بينه".

(٤) بيّن قاضي خان هذا الفرق في فتاواه بأن المبيع مع الثمن عوضان من كل وجه، فإذا تأخّر قبض أحدهما، لابفعل أحدهما، يتأخر الآخر، أما الرهن ليس بعوض من كل وجه، فتأخر أحدهما لايوجب تأخّر الآخر. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

(٥) وجّه الكرابيسي للفرق بينهما بأن في البيع لو لم يجبره على إحضار المبيع لأدى إلى أن يسقط عنه ضمان التسليم مع بقاء العقد، وهذا لا يجوز كما لو باع المبيع قبل القبض لم يجز.
وأما في الرهن فلو جعلناه راضياً بحفظه في تلك البلدة ولم يجبره على إحضارها لأدى إلى أن يقسط عنه ضمان التسليم مع بقاء العقد، ، وهذا جائز، كما لو باعه منه أو وهبه قبل القبض، ولأن في البيع ملك المبيع بازاء الثمن، فملك قابل ملكاً، وتسلم قابل تسليماً، وإحضار قابل إحضاراً، فما لم يحضر أحدهما لا يجبر الآخر على إحضار الثمن. «الفروق» للكرابيسي ٢/ ٢٨٨.

وإذا لم يجب على المشتري إعطاء الثمن قبل إحضار المبيع يستوثق من المشتري[1] بكفيل حتى يحضر البلد الذي فيه المبيع، ويدفع الثمن، فيأخذ المبيع، أو يبعث وكيلا بذلك[2]؛ لأنه ربما يغيب المشتري، فيتضرر البايع بتأخير حقه، فيفعل ما قلنا نظرا لهما، وتحقيقا للتسوية بينهما.

ـ والله أعلم ـ

(١) في (ج) و (د): "يستوثق منه".

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦١١.

باب من الرهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض

بنى الباب على أن أحد العاقدين لاينفرد بتفريق الصفقة المجتمعة؛ لما في تفريقها من الإضرار بالآخر بالإخلال بمقصوده.

[إذا عرفنا هذا][1] قال [محمد رحمه الله][2]:

رجل رهن عند رجل عبدين بألف درهم قيمة كل واحد منهما ألف، وسلّمها[3] إلى المرتهن، ثم أدّى من الدين خمس مائة، وأراد أن يأخذ أحدهما لم يكن له ذلك[4]، لأن الصفقة وقعت جملةً، ومقصود المرتهن إضجار الراهن ليتسارَع إلى قضاء الدين، فلو تفرّد الراهن بالتفريق بأخذِ ما يحتاج إليه، ويتكاسل في قضاء الباقي، فلايحصل المقصود.

ألا ترى أن في البيع إذا نقد المشتري بعض الثمن، وأراد أن يأخذ بعض المبيع لايملك ذلك[5] لما قلنا، فههنا أولى.

ولو قال الراهن في الابتداء: رهنتك هذين العبدين كل واحد منهما بخمس مائة،

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "وسلّم".

(٤) لحبس الكل بكل الدين، فيكون الرهن محبوسا بكل جزء من أجزائه، مبالغة في حمله على قضاء الدين، حتى لايتكاسل في قضاء الباقي. انظر «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٨.

(٥) «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٩.

وسلّمهما[1] إليه، ثم نقد خمس مائة، وقال: أديت عن هذا العبد، وأراد أن يأخذ ذلك العبد، كان له ذلك[2].

وذكر في «كتاب الرهن»[3]: رجل رهن عند غيره عشرة من الغنم بمائة درهم، كل شاة بعشرة، ثم نقد عشرة، وقال: نقدتُ حصة هذه الشاة، وأراد أن يأخذ الشاة[4] ليس له ذلك.

مِن أصحابنا مَن قال[5]: ما ذكِر في كتاب الرهن قول أبي يوسف، وما ذكرهنا قول محمد.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان[6]، ورواية الزيادات أصح[7].

---

(١) في الأصل: "وسلمها" وما ثبت أصح.

(٢) حكى الكاساني هذه المسألة محيلا إلى «الزيادات» لكن بتغيير بسيط في المثال فقال: "وذكر في الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم، فأدى عشرة دراهم، كان له أن يقبض شاة" . «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٣ .

(٣) أي: كتاب الرهن من «كتاب الأصل» للأمام محمد رحمه الله، كما صرّح به الكاساني، انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٣ .

(٤) في (ج) و (د): "أن يأخذها" .

(٥) قاله محمد بن محمد المروزي البلخي، الشهير بالحاكم الشهيد، صاحب كتاب «المنتقى» و«الكافي» . يقول الكاساني: ذكر الحاكم الشهيد أن ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف، وما ذكر في الزيادات قول محمد. انظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٣ .

(٦) قاله الإمام أبوبكر الجصاص، صرّح به الكاساني فقال: وذكر الجصاص أن في المسألة روايتين عن محمد: وجه رواية الزيادات: أنه لما سمّى لكل واحد منهما دينا متفرقا أوجب ذلك تفريق الصفقة، فصار كأنه رهن كل واحد منهما بعقد على حدة . وجه رواية الأصل: أن الصفقه

وجه رواية كتاب الرهن: أن الصفقة واحدة لاتحاد الموجب والقابل، وعند اتحادهما لايتفرّق العقد بتفريق التسمية، كما في البيع لوقال: بعتُ منك هذين العبدين بكل[1] واحد منهما بخمس مائة، وقبل الشراء كانت الصفقة واحدة، حتى لو نقَد المشتري خمس مائة، وأراد أن يأخذ أحد العبدين[2] لم يكن له ذلك، كذلك هنا.

وجه هذه الرواية: وهو الفرق بين البيع والرهن أن البيع لايتفرّق بتفريق التسمية عند اتحاد العاقدين، والرهن يتفرق، ألا ترى أن في فصل[3] البيع لو قبِل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لايصح، وفي فصل[4] الرهن عند تفريق التسمية لو قبِل المرتهن العقد في أحدهما جاز.

واحدة حقيقة، لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة، إلا أنه تفرقت التسمية، و تفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة، كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن، و ان سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة، كذا هذا. «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٣.

(٧) أي الأصح الفرق بين ما إذا سمّى لكل من المرهونين شيئا وبين ما إذا لم يسمّ، فإذا سمّى لكل واحد منهما شيئا من الدين له أن يقبض أحدهما إذا أدّى ما سمّى له، بخلاف البيع. صرّح به كل من الحصكفي وابن عابدين، قال ابن عابدين: "هو الأصح، كما في «التبيين» و«الكفاية»، وهو رواية الزيادات". «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٩.

(١) وفي (ج) و (د): "هذين العبدين بألف".

(٢) في (ج) و (د): "أحدهما".

(٣) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) سقط "فصل" في (ج) و (د).

وإنما افترقا؛ لأن في البيع ضمّ الردي إلى الجيد للترويج متعارَف[1]، فلو تفرّق العقد بتفريق التسمية، وكان للمشتري أن يقبل البيع في أحدهما يقبل الجيد[2]، فيتضرّر به البائع.

أما في الرهن ضمّ الردي إلى الجيد للترويج غير متعارف، فلو تفرّق العقد بتفريق التسمية لايتضرّر به الراهن[3]، فإذا سمّى لكل واحد منهما حصّته[4] من الدين تتفرّق الصفقة.

ولأن في البيع لما جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطاً في الأول، وإنها شرط فاسد تُفسد العقد؛ لأن الشرط الفاسد في معنى الربا.

أما الرهن لايبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه تبرع بمنزلة الهبة، ولهذا لورهن عبداً بألف على أن يكون كل نصف منه رهناً بخمس مائة يفسد الرهن؛ لأنه لما سمّى لكل نصف ديناً تفرّقت الصفقة، فيفسد لمكان الشيوع.

وأشار محمد رحمه الله في الكتاب إلى هذا فقال: هما رهنان، كأنه رهن هذا العبد بخمس مائة، ثم رهن الآخر بخمسمائة، واستشهد في الكتاب بمسائل لبيان أن الرهن يتفرّق بتفريق التسمية، والبيع لايتفرق، والكل على الروايتين.

منها: لو رهن عبدين وسمّى لأحدهما بعينه ألف درهم، وللآخر مائة دينار، فنقَد

(١) كذا في «ردّ المحتار» نقلا عن الزيلعي، ٦/ ٤٩٩.

(٢) ولهذا لوقبل البيع في أحدهما دون الآخر، بطل البيع في الكل. «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٩.

(٣) لأن قبول العقد في أحد المرهونين لايكون شرطا لصحة العقد في الآخر، حتى إذا قبل في أحدهما، صحّ فيه بخلاف البيع. «ردّ المحتار» ٦/ ٤٩٩.

(٤) في (ج) و (د): "حصّةمن الدين" وماثبت في الأصل أصح.

الدنانير، كان له أن يأخذ ماكان رهناً بالدنانير، ولوكان هذا في البيع لايملك.

ومنها: لو رهن عبداً، وقال: نصفه بخمس مائة لايجوز، ويجوز في البيع.

ومنها: لورهن جارية بألف، وسلمها إلى المرتهن، ثم قال للمرتهن: زدتك هذا الغلام في نصف المال، ثم أدّى الراهن خمس مائة، وقال: هذه الخمس مائة التي زدتك فيها الغلام، كان له أن يقبض الغلام؛ لأن حصته من الدين معلومة[1]، وقد أدّى، وليس له أن يأخذ شيئاً من الجارية حتى يعطي كل الألف.

ولو اشترى جارية بألف، ثم زاده البائع غلاما في خمس مائة من الثمن، ورضي به المشتري، ثم نقد المشتري للبائع خمس مائة، وقال: هذه الخمسمائة التي زدتني فيها الغلام، لايملك أخذ الغلام، ولاشيئاً من الأصل حتى ينقد كل الثمن؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد، ويصير كأنه باع الكل بألف درهم.

ومنها: لو رهن جاريتين بألف درهم ومائة دينار، هذه الجارية بألف درهم، وهذه الجارية الأخرى بمائة دينار، ثم قضاه أحد المالين، ثم قال الراهن للمرتهن: زدتُك هذا الغلام في الجارية التي قضيت دينها، لا تصح الزيادة؛ لأن الزيادة في الرهن، ولادين، لاتصح، وقد سقط دين هذه الجارية. ولو كان هذا في البيع جازت الزيادة؛ لأن الصفقة واحدة.

ومنها: لورهن عبدين بألف درهم، وقيمة كل واحد منهما ألف، فقَتَل أحدهما صاحبَه كان الباقي منهما رهناً بسبع مائة وخمسين؛ لأن نصف كل واحد من العبدين[2] كان مضموناً، ونصفه أمانة، وجناية المضمون على المضمون هدر، وجناية الأمانة على

---

(١) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "معلوم"، وما ثبت أصح.

(٢) في (ج) و (د): "كل واحد منهما".

الأمانة هدر، وجناية المضمون على الأمانة هدر، وجناية الأمانة على المضمون معتبرة، والعبد الجاني نصفه أمانة، ونصفه مضمون، وكذا المجني عليه.

فالعبد نصفان، وجنايته من النصف الذي هو مضمون لايعتبر، تعيّنت الجناية من النصف الذي هو أمانة، وهذا النصف جنى على نصف شائع من المجنى عليه، نصف هذا النصف وهو الرُبع مضمون بنصف الدين، وذلك مائتان وخمسون، ونصفه أمانة، والجناية على الأمانة هدر، وعلى المضمون معتبرة، فتحوّل نصف ما كان في العبد المجنى عليه إلى الجاني، وذلك مائتان وخمسون، وقد كان في الجاني دين نفسه خمسمائة، فصارت الجملة سبعمائة وخمسين، وسقط من الدين مائتان وخمسون.

ولو فرّق التسمية عند العقد، فقال: رهنت هذين العبدين بألف، وكل[1] أحد منها بخمسمائة، فقتَل أحدهما صاحبه، يقال للراهن والمرتهن: ادفعا القاتل بالمقتول أو افدياه؛ لأن العقد تفرّق بتفريق التسمية، وعند اختلاف العقد تعتبر الجناية، ولاتعتبر الأمانة والضمان؛ لأنه يدخل في عقد، ويخرج من عقد، فصار كما لو افترق بافتراق المالكين، وثمّة يثبت فيه حكم الدفع والفدا.

فإن دفعاه قام القاتل مقام المقتول، فيتحوّل إليه دين المقتول، ويسقط[2] ما في الجاني من الدين؛ لفواته لا إلى خلف.

فإن فدياه بقيمة المقتول كانت القيمة رهناً بخمسمائة؛ لأنها قامت مقام المقتول، ويبقى القاتل رهناً بخمس مائة؛ لأنه طهر عن الجناية، وعلى قياس رواية كتاب[3] الرهن

---

(١) "كل" ساقط من (ج) و (د) ثبوته أصح.

(٢) في (ج) و (د): "سقط".

(٣) كذا ثبت في (ا) و (ب)، وفي الأصل: "رواية الرهن".

يجب أن يكون القاتل رهناً بسبعمائة وخمسين، ولا يتفرق العقد.

ـ والله أعلم ـ

أبواب المجلد الثالث

بقية أبواب البيوع :